DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Nº59

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

© 2013 Thomson Reuters (Legal) Limited

Lex Nova, S.A.U.
Edificio Lex Nova
General Solchaga, 3. 47008 Valladolid
T +034 983 457038 · F +034 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es
www.lexnova.es
www.thomsonreuters.com

Impresión
Rodona Industria Gráfica, S.L.
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 Pamplona

Depósito Legal: VA. 777-1998
ISSN 1139-4951
Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General Thomson Reuters Lex Nova
Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Miguel Sánchez Morón, con la colaboración de Henar del Olmo y Jaime Barbero, del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Thomson Reuters y y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters.

Lex Nova es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, entre otros; por ello, se encuentra integrada en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:

ANECA · CARHUS Plus · CIRC · CSIC · Dialnet · DICE · IN~RECJ · ISOC · latindex · MIAR · résh

El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

LA VERSIÓN ON LINE DE ESTA COLECCIÓN, QUE HA SIDO SELECCIONADA POR EL CGPJ PARA SU UTILIZACIÓN POR LOS MIEMBROS DE LA CARRERA JUDICIAL, PUEDE CONSULTARSE EN **PORTALJURIDICO.LEXNOVA.ES**

LEX NOVA · THOMSON REUTERS

DIRECTOR
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

SECRETARÍA TÉCNICA
MARGARITA BELADIEZ ROJO
Universidad Complutense de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva

ANTONIO EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

JAVIER GARCÍA ROCA
Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
Magistrado del Tribunal Constitucional
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha

MANUEL REBOLLO PUIG
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

JOAQUÍN TORNOS MAS
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO (de los artículos enviados)

ESTANISLAO ARANA
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

LUIS ARROYO
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha

XABIER ARZOZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

RAFAEL BUSTOS
Profesor Titular de Derecho Público. Universidad de Salamanca

MIGUEL CASINO
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid

FEDERICO CASTILLO BLANCO
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

EDORTA COBREROS
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

ELOY COLOM PIAZUELO
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ALFREDO GALÁN
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

ROBERTO GALÁN VIOQUE
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

AGUSTÍN GARCÍA URETA
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

FELIPE IGLESIAS
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

IÑAKI LASAGABASTER
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

ORIOL MIR
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

ENCARNACIÓN MONTOYA
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

OCTAVIO SALAZAR
Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Córdoba

BEATRIZ SETUÁIN
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

PREJUDICIALIDAD HOMOGÉNEA Y PREJUDICIALIDAD HETEROGÉNEA EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS.

Santiago González-Varas Ibáñez 7

¿HA CAMBIADO ALGO EL RECURSO DE AMPARO ESPAÑOL TRAS LA APROBACIÓN DE LA LO 6/2007, DE 24 DE MAYO?

Alicia González Alonso 17

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES: CONSIDERACIONES SOBRE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS.

Jesús del Olmo Alonso 41

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Ortega Álvarez, L. (coord.).; Moreno Molina, J.A.; Maeso Seco, L.F.; Sánchez Rodríguez, F.; Morcillo Moreno, J.; Punzón Moraleda, J.; Magán Perales, J.M.; Gallego Córcoles, I. 71

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS.

García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Canosa Usera, R.; Perelló Domenech, I.; Bustos Gisbert, R.; Carmona Cuenca, E.; González Pascual, M.ª I.; Brage Camazano, J.; Díaz Crego, M.; Queralt Jiménez, A.; García Vitoria, I.; Hernández Ramos, M.; Pérez-Moneo Agapito, M.; Arenas Ramiro, M.; Fernández Vivas, Y.; Rosino Calle, R. .. 79

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS.

García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Brage Camazano, J.; Perelló Domenech, I.; Carmona Cuenca, E.; Bustos Gisbert, R.; Fernández Vivas, Y.; Arenas Ramiro, M.; González Pascual, M.I.; García Vitoria, I.; Díaz Crego, M.; Pérez-Moneo Agapito, M.; Queralt Jiménez, A. 93

IV. FUENTES DEL DERECHO.

Menéndez Rexach, A. (coord.); De Marcos Fernández, A.; Díez Sastre, S. 121

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Menéndez Rexach, A. (coord.); Domínguez Martín, M.; López de Castro García-Morato, L.; Rodríguez-Chaves Mimbrero, B.; Chinchilla Peinado, J.A. 133

Página

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

Sánchez Morón, M. (coord.); Casino Rubio, M.; Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Ayala, V. 155

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

Rebollo Puig, M. (coord.); Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.M.; Rodríguez Portugués, M.A. 171

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA.

López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire; J.A.; Guichot Reina, E. 195

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina; E.; Carrillo Donaire, J.A. 205

X. FUNCIÓN PÚBLICA.

Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J.; Fuentetaja Pastor, J.A. 211

XI. URBANISMO.

Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Lozano, R.; Villanueva Cuevas, A. 227

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL.

Embid Irujo, A. (coord.); Colom Piazuelo, E.; Embid Tello, A.E.; Jiménez Compaired, I.; Setuáin Mendía, B.; Valcárcel, P. 235

XIII. MEDIO AMBIENTE.

Embid Irujo, A. (coord.); Domper Ferrando, J.; Embid Tello, A.E.; Jiménez Compaired, I.; Salinas Alcega, S.; Setuáin Mendía, B.; Valcárcel, P. 263

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.

Tornos Mas, J. (coord.); Gracia Retortillo, R.; Mollevi i Bortolo, J.; Vilalta Reixach, M.; Arroyo Jiménez, L.; Malaret, E. 285

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD.

Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros Mendazona, E. 311

XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES.

Fernández Farreres, G. (coord.); Alcantarilla Hidalgo, F.J. 321

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS.

Menéndez Sebastián, E.M. 337

Revista de Derecho Administrativo
Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

PREJUDICIALIDAD HOMOGÉNEA Y PREJUDICIALIDAD HETEROGÉNEA EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Santiago González-Varas Ibáñez

Catedrático de Derecho administrativo en la Universidad de Alicante

RESUMEN

Prejudicialidad homogénea y prejudicialidad heterogénea en los procesos contencioso-administrativos

Este trabajo estudia la prejudicialidad en los procesos administrativos, partiendo de la Ley de Enjuiciamiento Civil pero explicando las modulaciones en los procesos administrativos. La práctica procesal informa del interés en el conocimiento de esta doctrina.

Palabras clave: Prejudicialidad, prejudicialidad homogénea, prejudicialidad heterogénea, proceso contencioso-administrativo, Ley de Enjuiciamiento Civil, control de reglamentos.

ABSTRACT

Homogeneous and heterogeneous preliminary ruling in the contentious-administrative proceeding

This article studies preliminary rulings in administrative proceedings, starting from the civil procedure code but explaining the different existing aspects in the administrative proceedings. The procedural practice informs about the existing interest in the knowledge of this doctrine.

Key words: Preliminary ruling, homogeneous preliminary ruling, heterogeneous preliminary ruling, administrative judicial review, civil procedure code, control of the regulations.

Sumario

1. EN CASO DE PREJUDICIALIDAD HOMOGÉNEA PROCEDE LA SUSPENSIÓN (SIGUIENDO EL ART. 43 LEC) SIEMPRE QUE EL OBJETO DEL PROCESO NO SEAN DISPOSICIONES GENERALES.

2. PREJUDICIALIDAD HETEROGÉNEA.

1. EN CASO DE PREJUDICIALIDAD HOMOGÉNEA PROCEDE LA SUSPENSIÓN (SIGUIENDO EL ART. 43 LEC) SIEMPRE QUE EL OBJETO DEL PROCESO NO SEAN DISPOSICIONES GENERALES

No del todo bien conocida en la práctica contencioso-administrativa es la distinción entre prejudicialidad homogénea y prejudicialidad heterogénea en aplicación del criterio general

del art. 43 de la LEC[1]. Aquella prejudicialidad significa que existe un asunto que se está enjuiciando *en la misma jurisdicción* (a diferencia de la prejudicialidad heterogénea, ya que en estos casos es en otra jurisdicción diferente) cuya decisión incida en la decisión del segundo proceso en el cual se solicita la suspensión por prejudicialidad homogénea.

En efecto, para los casos de prejudicialidad homogénea se sigue la aplicación de la regla general de suspensión del artículo 43 de la LEC que, en el orden contencioso, permite una excepción, es decir, que el objeto del proceso sean disposiciones generales, ya que no hay suspensión en tal caso, a diferencia de cuando el objeto sea un acto[2], en cuyo caso rige en todo su alcance (también en el proceso administrativo) el artículo 43 de la LEC[3] y puede haber suspensión del proceso si concurren los demás presupuestos de este precepto.

La LJCA 29/1998 tiene una regulación propia cuando se trata de casos en que se enjuicia la legalidad de una disposición de carácter general. En estos supuestos no se aplica el artículo 43 y su regla de suspensión por prejudicialidad, porque la LJCA contempla este caso específicamente, sin perjuicio de otras explicaciones que aporta la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo. Todas estas pautas se condensarían en el siguiente texto de la STSJ de Madrid de 16 de junio de 2009:

> «Entendemos que lo esencial de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sección 2.ª) de fecha 28 de junio de 2005 es la determinación de que en los supuestos de actos administrativos que son nulos por ser nula la Disposición General que le sirve de cobertura no es aplicable el mecanismo del artículo 43 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dado que en estos casos no concurren los requisitos necesarios para la aplicación supletoria de la Ley, es decir, que la cuestión no este regulada en Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dado que en estos casos ha de aplicarse los mecanismos establecidos en el artículo 26 apartado 2.º de la misma que regula el mecanismo de la impugnación indirecta de la disposición general según el cual la

(1) Según el artículo 43 («prejudicialidad civil»), «cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial. Contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición, y contra el auto que acuerde la suspensión cabrá presentar recurso de apelación».

(2) Si existe una cuestión que, a su vez, constituye el objeto principal de otro proceso pendiente ante otro tribunal de la misma jurisdicción contencioso-administrativa habrá que seguir la regla general de poder suspender el proceso, prevista en el artículo 43 de la LEC, ya que la LJCA no contempla un criterio *ad hoc* sobre este particular: «Ahora bien existe un segundo tipo de cuestiones prejudiciales, estas son las de naturaleza homogénea que se producen cuando el Juez o Tribunal para resolver el objeto principal del proceso, ha de resolver previamente de forma imprescindible cualquier otra cuestión de la misma naturaleza, si bien esta no constituye el objeto principal del proceso. No puede negarse a estas cuestiones la naturaleza de cuestión prejudicial pues por definición cualquier cuestión de naturaleza sustantiva que no constituya el objeto del proceso y que deba de ser resuelta previamente a la resolución del mismo constituye una cuestión prejudicial» (STSJ de Madrid de 16 de junio de 2009).

(3) La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sección 2.ª) de fecha 28 de junio de 2005 dictada en el Recurso de Casación en interés de Ley se ha pronunciado estableciendo la siguiente doctrina legal: «la suspensión del procedimiento por prejudicialidad prevista en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es supletoriamente aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa en aquellos supuestos en los que la cuestión previa a dilucidar consiste en la determinación sobre la legalidad o validez de una disposición de carácter general de rango reglamentario».

> falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior, en conexión con el artículo 27 que en su apartado 2.º establece que cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general. También el apartado 3.º permite sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, al Tribunal Supremo anular cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma. Cuando el Juez o Tribunal no tiene competencia para conocer del recurso directo contra la disposición general el apartado 1.º establece que cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición. *Esta regulación es singular respecto de la contenida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, fundamentalmente porque en el ámbito de esta Jurisdicción no existe el mecanismo de norma general y acto de aplicación, ya que lo que se enjuician son actos de aplicación del ordenamiento jurídico en el ámbito del Derecho Privado*».

Si no se manifiesta esta excepción, rige para los demás supuestos ordinarios el criterio general de la LEC, como apunta esta misma sentencia:

> «Sin embargo la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sección 2.ª) de fecha 28 de Junio de 2005, no se pronuncia respecto de los supuestos en los que la validez de un segundo acto administrativo esté condicionada por la validez de uno anterior, lo que provoca la aplicación de lo dispuesto en el artículo 222 apartado 4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que señala que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal. En cierta medida este efecto también puede deducirse del artículo 72 apartado 2.º de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa según el cual la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas.
>
> SÉPTIMO. Sin necesidad de planteamiento de cuestión prejudicial no existirá problema alguno cuando la resolución del proceso que decida sobre el primer acto (el antecedente lógico) sea anterior a aquel en el que se decida sobre el acto derivado (consecuente lógico), en estos casos cuando la sentencia en ambos procesos ha ganado firmeza pueden surgir Sentencias con pronunciamientos contradictorios pues la competencia en estos casos por lo general de conformidad con el artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se atribuye en primera o única instancia a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo. En estos casos se produce un problema de difícil solución ya que se habrá acordado sobre un segundo acto sin tener en cuenta su antecedente lógico».

Las razones que se invocan en esta sentencia, en aplicación de este criterio son las siguientes:

1. «Si con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa este problema no era de gran intensidad, pues la propia estructura de los órganos suponía que en la práctica totalidad de los supuestos un mismo órgano era el llamado a conocer de ambos actos, comunicándose la decisión adoptada en un proceso al otro proceso, aun cuando se resolviera primero el que resolvía con efectos prejudiciales el objeto del segundo, produciéndose así una especie de prejudicialidad inversa, *hoy la creación de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo*, la adopción de normas de reparto que no atribuyen la competencia por la naturaleza de los asuntos o cuando así lo hacen por ser llamados a conocer más de un juzgado, impiden la aplicación del mecanismo que hemos denominado prejudicialidad inversa».

2. «Por ello para evitar problemas irresolubles han de aplicarse aquellos mecanismos de los que nos dota el ordenamiento jurídico. Y en este supuesto el mecanismo no es otro que la aplicación del artículo 43 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en los supuestos de prejudicialidad homogénea respecto de actos administrativos en los que la decisión sobre uno incida en la decisión sobre el segundo. No puede olvidarse que la suspensión de las actuaciones en los supuestos de prejudicialidad homogénea (artículo 43 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) no es sino el mecanismo de garantía del efecto positivo también llamado prejudicial regulado en el artículo 222 apartado 4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Es además el mecanismo *para evitar sentencias contradictorias que* de producirse no son sino una quiebra del principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9 de la Constitución y un déficit de la tutela judicial efectiva, derecho subjetivo público reconocido en el artículo 24 de la Carta Magna. La sentencia de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sección 2.ª) de fecha 28 de junio de 2005, reconoce la *existencia de una laguna en estos supuestos*, laguna que no existe cuando se trata de invalidez de una disposición general respecto de los actos de aplicación de la misma concurriendo pues los requisitos de aplicación supletoria de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establecidos en la Disposición Final Primera, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa según el cual en lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 4 de la de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que establece que en defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley».

En conclusión se llega a esta doctrina y se aplica de la siguiente forma al caso concreto enjuiciado en este asunto:

> «OCTAVO. Resulta posible la aplicación del mecanismo de la prejudicialidad homogénea regulado en el artículo 43 la de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando la misma se deriva del enjuiciamiento de un acto administrativo, no de una disposición general y que ello no es contrario a la doctrina establecida en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (sección 2.ª) de fecha 28 de junio de 2005.

> Sentado lo anterior debe analizarse si concurren los requisitos que el artículo 43 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, exige para su aplicación.
>
> En el supuesto de autos frente a la resolución de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional de la Comunidad de Madrid de 26 de enero de 2007 que desestimó la solicitud de clasificación urbanística, requisito indispensable para la obtención de la licencia urbanística de obra de rehabilitación de la que trae causa este recurso, conforme al procedimiento sobre concesiones de licencia de obras en suelos no urbanizables de protección según la Ley 9/2001, de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid, fue interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid (PO 479/2007) pendiente de resolución. Para la debida resolución de la cuestión suscitada resulta preciso conocer la decisión sobre la denegación de la calificación urbanística por la Comunidad Autónoma que motivó la denegación de la licencia».

Esta doctrina se completa con la contenida en sentido similar o complementario por las SSTSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2006, de 16 de junio de 2009 y de 3 de julio de 2007, STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2006, STSJ de Andalucía (Málaga) de 6 de febrero de 2006 y de 24 de abril de 2006; SSTSJ de Cataluña de 2 de junio de 2006, de 4 de junio de 2004 y de 14 de septiembre de 2002 y STSJ de Asturias de 28 de diciembre de 2009.

En concreto, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 31 de marzo de 2006 nos explica por qué se excepciona el artículo 43 de la LEC en el caso mencionado:

1. «CUARTO. Como dijo la Sala en aquella sentencia, "... la decisión del Legislador se inclina así a favor de la inmediatez de la tutela judicial de los intereses legítimos o derechos directamente afectados en cada caso concreto, respecto de lo que pueda decidirse en relación con la validez o nulidad de la disposición de carácter general, que, por lo común, salvo supuestos de aplicación directa sólo afectará a intereses legítimos de alcance general. Por ello, cualquier solución contraria conllevaría una afrenta al derecho a la tutela judicial efectiva por consagrar una dilación en el procedimiento, que por falta de causa jurídica, habría que entenderla indebida".
2. "Además de esta especial consideración que merece la atención preferente de los derechos e intereses más directamente afectados, otra razón parece habilitar la no suspensión de los recursos indirectos ante la pendencia de otros directamente dirigidos frente a disposiciones de carácter general. Se trata concretamente de la garantía constitucional del principio de legalidad (artículo 9 CE) y del sometimiento de Jueces y Tribunales al imperio de la Ley (artículo 117 CE), que, como categóricamente establece el artículo 6 LOPJ, hace obligada para éstos la inaplicación de los reglamentos o de cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa, inaplicación que, en consecuencia, el legislador autoriza a cada órgano judicial del Contencioso-Administrativo sin someterla a la previa declaración que otro haya de emitir en relación con su validez o nulidad".
3. "En la tradicional lucha que en este orden jurisdiccional se ha librado frente a los obstáculos jurisdiccionales que los reglamentos han posibilitado (reducción de legitimación para recurrir, amparo en actos de gobierno, discrecionalidad adminis-

trativa, etcétera) debe enmarcarse también la posición adoptada por el Legislador sobre el particular suscitado, descartando claramente como regla la suspensión de los procesos frente a actuaciones de aplicación de reglamentos impugnados directamente".

4. "El único inconveniente que esa posición legislativa ha venido presentando ha sido precisamente el de la pervivencia de disposiciones reglamentarias cuestionadas por aquella potestad judicial de inaplicación, inconveniente que ha tratado de ser evitado con el establecimiento de la cuestión de ilegalidad, la cual, por ello, lejos de cuestionar aquella potestad, se limita a imponer aquel pronunciamiento relacionado con la validez o nulidad de la disposición de carácter general. La peculiaridad en el Contencioso-Administrativo consiste, por tanto, en la obligación de aquellos órganos judiciales de plantear la cuestión de ilegalidad ante aquellos otros que tengan atribuida la competencia para emitir el pronunciamiento sobre la nulidad o validez de cada reglamento, pronunciamiento que, según se ha dicho ya, no alterará el emitido en relación con sus actos administrativos de aplicación"».

5. «Por lo demás, esta ha sido también la postura acogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de junio de 2005, dictada en el recurso de casación en interés de Ley número 6/2004, interpuesto frente a cierta sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declarando como doctrina legal que "... la suspensión del procedimiento por prejudicialidad prevista en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es supletoriamente aplicable a la jurisdicción Contencioso-Administrativa en aquellos supuestos en los que la cuestión previa a dilucidar consiste en la determinación sobre la legalidad o validez de una disposición de carácter general de rango reglamentario"...

   QUINTO. Todo ello se confirmaba precisamente "... con el obligado pronunciamiento por parte del Tribunal competente para conocer del recurso directo, sobre la validez o nulidad de la disposición general indirectamente impugnada, incluido también junto con la cuestión de ilegalidad en el nuevo régimen de la Ley 29/1998 (RCL 1998, 1741) para el recurso indirecto, como así establece su artículo 27.2 y así habría de hacer esta Sala tras examinar la cuestión de fondo planteada por las partes, relacionada con la adecuación a Derecho de los preceptos reglamentarios en cuya nulidad se basó la sentencia ahora apelada, pronunciamiento este que, por las mismas razones hasta ahora expuestas, no habría razón para posponer al que deba recaer en aquel otro recurso directo seguido bajo el número 989/2002 y que convierte en puramente teórico el planteamiento de nulidad de actuaciones examinado, que, en definitiva, el citado precepto permite realizar en esta apelación..."».

El artículo 43 de la LEC es aplicable a la prejudicialidad homogénea, también por la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que la LJCA no contempla regulación al respecto de esta prejudicialidad[(4)], con los matices que hemos descrito.

---

(4) «Como reconoce el Tribunal Supremo, la ley, en cambio, no se refiere para nada a las cuestiones de naturaleza administrativa, que tienen lugar cuando, previamente a la decisión sobre el fondo del asunto, se necesita una determinación judicial acerca de un extremo de índole administrativa que condiciona tal decisión, *afirmando que no pueden calificarse como prejudiciales, en tanto que su resolución corresponde originariamente a los Jueces y Tribunales*

2. PREJUDICIALIDAD HETEROGÉNEA

Si es heterogénea, porque está conociendo otra jurisdicción, en principio la suspensión del proceso contencioso-administrativo tiene lugar cuando el otro proceso que se esté sustanciando sea penal, constitucional o europeo. Según la STSJ de Madrid de 16 de junio de 2009: «en relación con el primer aspecto, el citado artículo 4 de la Ley de 1998 establece "que la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los tratados internacionales. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente. Por tanto, afirma el Tribunal Supremo la regla general en esta materia es que al orden jurisdiccional administrativo le es dado conocer y pronunciarse sobre cuestiones ajenas a su competencia, **sin necesidad de suspender el curso del proceso y esperar a que los órganos competentes emitan su resolución sobre las mismas**, cuando de ello dependa la correcta resolución del objeto procesal principal. *La regla enunciada, sin embargo, sufre excepciones pues el conocimiento de las cuestiones prejudiciales no se extiende a* las de carácter constitucional, penal *y las reguladas en tratados internacionales. En estos casos, la normativa específica contempla la suspensión del curso de las actuaciones, mientras no sea resuelta por el órgano competente*"».

Procede suspender el proceso si la cuestión es de **Derecho europeo** (ATS de 28 de septiembre de 2009) ya que, conforme al artículo 4 de la LJCA, merece la suspensión. En este ámbito europeo no se pueden confundir las cuestiones prejudiciales (que el órgano jurisdiccional eleva cuando incide un tema de relevancia europea en el proceso en cuestión) y la prejudicialidad heterogénea, que se produce cuando se está sustanciando un proceso en el TJUE que tiene incidencia sobre el proceso que se sustancia en el órgano jurisdiccional nacional.

A modo de recapitulación sobre la prejudicialidad y también sobre el citado artículo 43 de la LEC puede citarse la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª) de 10 julio 2006 con la que completamos las reflexiones anteriores:

> «Sobre la prejudicialidad invocada por la recurrente, con base en el art. 43 de la LEC, hemos de recordar la doctrina del TS al respecto, recogida en STS de 28 de junio de 2005, en la que se dice: "El art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la prejudicialidad civil e integra una laguna legal existente en nuestro sistema, estableciendo ahora que 'cuando para resolver sobre el objeto litigioso sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial'". "El precepto, sin embargo, no puede aplicarse a las

administrativos, sin que se dilucide extremo alguno que sea competencia de otro distinto orden jurisdiccional, razón por la que se engloban más bien en la categoría de cuestiones incidentales» (STSJ de Madrid de 16 de junio de 2009).

> cuestiones administrativas, ante la regulación que al respecto establece la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. […] el citado art. 4 de la Ley de 1998 establece 'que la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los tratados internacionales. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente'. Por tanto, *la regla general* en esta materia es que al orden jurisdiccional administrativo le es dado conocer y pronunciarse sobre cuestiones ajenas a su competencia, **sin necesidad de suspender** el curso del proceso y esperar a que los órganos competentes emitan su resolución sobre las mismas, **cuando de ello dependa la correcta resolución del objeto procesal principal**. La regla enunciada, sin embargo, sufre *excepciones* pues el conocimiento de las cuestiones prejudiciales no se extiende a las de carácter constitucional, penal y las reguladas en tratados internacionales. En estos casos, la normativa específica contempla la suspensión del curso de las actuaciones, mientras no sea resuelta por el órgano competente. La ley, en cambio, no se refiere para nada a las cuestiones de naturaleza administrativa, que tienen lugar cuando, previamente a la decisión sobre el fondo del asunto se necesita una determinación judicial acerca de un extremo de índole administrativa que condiciona tal decisión, por lo que no pueden calificarse como prejudiciales, en tanto que su resolución corresponde originariamente a los Jueces y Tribunales administrativos, sin que se dilucide extremo alguno que sea competencia de otro distinto orden jurisdiccional, razón por la que se engloban más bien en la categoría de cuestiones incidentales". La anterior doctrina evidencia que no nos encontramos ante una cuestión prejudicial, en los términos propuestos en la demanda».

Sin embargo, se ha decretado la suspensión en casos de prejudicialidad heterogénea pese a que el proceso que se sustancia no sea penal, ni constitucional o europeo, así por ejemplo por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 23 de mayo de 2003, rec. 682/2001, núm. de sentencia 763/2003:

> «A este efecto, la primera cuestión a tener en cuenta es que los problemas relativos a la competencia desleal son propios del ámbito del orden jurisdiccional civil. En este sentido se expresa el art. 249 LEC, y también el art. 22 de la Ley 3/1991. Además, el art. 1 de la Ley 29/1998 establece la competencia del orden judicial contencioso-administrativo cuando se trate de actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo; de forma que el elemento subjetivo es insuficiente para determinar la competencia de este orden jurisdiccional.
>
> Bien es verdad que el art. 4.1 de la Ley 29/1998 extiende la competencia del orden judicial contencioso administrativo a las cuestiones prejudiciales que se puedan plantear, lo que en casos como el presente nos permitiría analizar la cuestión relativa a la posible incursión de la conducta municipal en competencia desleal. Ello, en la "medida" en que el acuerdo impugnado se recurre asimismo con base en otros motivos consistentes en posibles lesiones de normas jurídico administrativas.
>
> La peculiaridad del caso, en efecto, consiste en que el acuerdo municipal impugnado desestima la solicitud presentada por la entidad actora de cesación en las actividades de gimnasia con acompañamiento musical y puesta a disposición de aparatos de musculación y tonificación. Esa solicitud podría haber actuado como requerimiento de cesación previo a la acción

civil de cesación prevista en la Ley de competencia desleal; y de hecho en este caso dicha acción se ha planteado ante el orden jurisdiccional civil. Pero el acuerdo municipal impugnado se recurre aquí, aunque con la misma finalidad de obtener la cesación de la conducta (dado el contenido de ese acuerdo y de la solicitud formulada a la Administración), como hemos visto, por otros motivos.

En el caso de que el asunto no se hubiera llevado ante los órganos judiciales civiles, no habría habido inconveniente en que nos pronunciáramos, prejudicialmente, sobre la posible competencia desleal. Pero el tema litigioso se halla sub iudice ante el orden judicial civil, donde se ha dictado ya una sentencia estimatoria que está, hasta donde tiene noticia la Sala, pendiente de apelación. La existencia de un proceso civil pendiente, en que ya se ha dictado sentencia en primera instancia, nos impide que nos pronunciemos sobre ese motivo impugnatorio, en la medida en que nuestro pronunciamiento habría tenido, en todo caso, carácter prejudicial, con la extensión y efectos marcados por el art. 4.2 LJCA.

Aun cuando la existencia de una sentencia civil estimatoria podría haber producido la conveniencia de plantear a las partes la posible satisfacción extraprocesal de la pretensión de la actora, en este caso esta posibilidad debe descartarse, porque la recurrente plantea asimismo otros motivos impugnatorios que, aunque no individualizan la pretensión procesal, sí hacen conveniente un pronunciamiento en esta sede; a lo que debe añadirse que la demanda plantea asimismo la pretensión de reconocimiento de una solicitud de responsabilidad patrimonial, además de la de anulación del acto recurrido.

En suma, existiendo un proceso civil, orden jurisdiccional natural para este tipo de cuestiones, pendiente en relación con la posible competencia desleal, no podemos pronunciarnos sobre este motivo impugnatorio; si bien ello no puede conducirnos a llevar a nuestro fallo una declaración de inadmisibilidad parcial en cuanto que nos encontramos ante un simple motivo impugnatorio y no ante una pretensión procesal autónoma. *Es decir, en este punto no cabe sino respetar la situación jurídica creada por el orden jurisdiccional competente*, o por la sentencia que en su caso se dicte en su día en apelación en dicho orden jurisdiccional».

Así pues, por el hecho de que la cuestión procesal era propiamente de competencia civil y estaba *sub iudice* en la jurisdicción de este orden, dicha Sala rechaza conocer del asunto planteado.

En conclusión, conocer bien la prejudicialidad es muy importante en los procesos administrativos porque puede ser lo más efectivo cuando interese la suspensión del proceso. Es un motivo que los órganos jurisdiccionales, cuando se invoca correctamente, suelen estimar sin excesivos problemas. Y es que en la práctica procesal se abusa a veces, por puro desconocimiento, de la causa juzgada o de la litispendencia que, por cierto, en cambio, tienen unos presupuestos propios y una aplicación generalmente más excepcional.

¿HA CAMBIADO ALGO EL RECURSO DE AMPARO ESPAÑOL TRAS LA APROBACIÓN DE LA LO 6/2007, DE 24 DE MAYO?

ALICIA GONZÁLEZ ALONSO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional UAM

RESUMEN

¿Ha cambiado algo el recurso de amparo español tras la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo?

El presente trabajo constituye una aproximación al nuevo recurso de amparo constitucional que se está fraguando en el ordenamiento jurídico español tras la reforma operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo. Debido a que el legislador ha dejado un amplio margen de libertad al Tribunal Constitucional, el alcance y el éxito de la reforma dependerán de cómo el Alto Tribunal interprete tal norma. Con apoyo en las distintas posiciones doctrinales, pero sobre todo a partir del estudio y el análisis de la jurisprudencia constitucional recaída en aplicación de la LO 6/2007, se trata de verificar hacia dónde transita nuestro recurso de amparo constitucional.

Palabras clave: Recurso de amparo, especial trascendencia constitucional, garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales.

ABSTRACT

There has changed a little the resource of Spanish protection after the approval of the Organic Law 6/2007 of March 24th?

The present article intends to examine how the amparo appeal operates after its reform by Organic Law 6/2007 of May 24th. The legislature has given to the Constitutional Court a wide margin of interpretation of the new regulation of the amparo appeal, so the scope and success of the reform will depend to a large extent on how the Constitutional Court will construct these new provisions. Having regard to the scholars' different opinions, but particularly to the Constitutional Court's case law interpreting Organic Law 6/2007, this article has as its main goal to explore the potential developments in the amparo appeal.

Key words: Amparo/constitutional appeal; constitutional appeal; special constitutional significance; judicial protection of fundamental rights.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. OBJETIVOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA DEL RECURSO DE AMPARO.
3. EL NUEVO AMPARO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.
   3.1. La especial trascendencia constitucional: un elemento determinante en el nuevo trámite de admisión.
4. EL TRABAJO DEL TC EN LA FASE DE ADMISIÓN: EL ORDEN EN EL ANÁLISIS DEL CONTROL DE ADMISIBILIDAD.
5. LA INTERPRETACIÓN POR PARTE DEL TC DE LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL: LA STC 155/2009.
6. ¿UN NUEVO MODELO —O NO— DE ADMISIÓN O UN MODELO DE SELECCIÓN?

1. INTRODUCCIÓN

Hace ya más de cinco años que el legislador vino a introducir modificaciones sustanciales en la regulación de nuestro recurso de amparo. Desde entonces, han sido varios los trabajos doctrinales que han tenido por objeto el estudio de las nuevas posibilidades que brinda al propio Tribunal Constitucional (en adelante, por lo general, TC) dicha reforma y, sobre todo, si ésta resulta suficiente para erigirse en solución a los graves problemas de sobrecarga de trabajo que, desde hace ya demasiado tiempo, aquejan al alto Tribunal.

Como es de sobra sabido, dicha reforma ha sido acogida de forma desigual por parte de la doctrina. Un buen número de juristas han puesto en duda que la nueva regulación del recurso de amparo vaya a ser capaz de resolver los problemas que vienen lastrando a nuestro Tribunal Constitucional. Los principales argumentos aducidos por este sector doctrinal se basan principalmente en que la Ley, al no poner freno al número de demandas que acceden al Tribunal Constitucional, no resultará idónea para dar un giro a la situación del Tribunal(1).

Otros, por el contrario, se han manifestado optimistas y han considerado que la Ley 6/2007, de 24 de mayo, es un buen punto de partida que permitirá al Alto Tribunal solventar buena parte de sus problemas y ello, además, con la ventaja de que la reforma actual no ha excluido del ámbito del amparo ni la protección determinados derechos fundamentales (como por ejemplo los enunciados en el art. 24 CE), ni tampoco los actos procedentes de determinados poderes públicos (entre ellos, todos los del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional). Ahora bien, los que coinciden en este diagnóstico no son unánimes a la hora de concluir el margen del que dispone el TC a la hora de aplicar la reforma. Mientras para un sector doctrinal la nueva regulación impone un sistema de admisión, pero no de selección de asuntos, para otros la reforma podría permitir al Tribunal la implantación de un verdadero *certiorari* en nuestro sistema.

El presente trabajo no pretende profundizar en las distintas tesis doctrinales que han surgido a propósito del nuevo diseño legal del amparo ni tomar partido por alguna de ellas. Sin prescindir de estas aportaciones, su objeto es realizar una aproximación a cómo el Tribunal Constitucional está aplicando e interpretando los nuevos preceptos de la LOTC reguladores del recurso de amparo. Según sostuvo en su día I. DÍEZ PICAZO el legislador ya cumplió con su parte de responsabilidad a la hora de intentar buscar una salida a la grave situación del TC, por lo que, ahora, lo que sea el recurso de amparo en un futuro es responsabilidad exclusiva del propio Tribunal(2). Y es esto lo que se pretende acometer en las

---

(1) *Vid.*, entre otros, G. FERNÁNDEZ FARRERES, que en varios de sus trabajos siempre sugirió limitar las resoluciones que pueden acceder al Tribunal Constitucional. Es especialmente interesante su trabajo «Comentarios al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005, y *La reforma de la Justicia Constitucional*, con E. ESPÍN TEMPLADO y P. CRUZ VILLALÓN, Cizur Menor, 2006, pp. 53-55.

(2) I. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ fue el primer autor que llegó a esta conclusión en su ponencia en la Jornada 30.º sobre *La protección de los derechos fundamentales tras la objetivación del amparo*, organizada por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo el día 12 de noviembre de 2009. Puede verse una reseña de su intervención en <http://www.fcje.org.es/?p=1725>. También en este mismo sentido, M. ARAGÓN REYES, «La dimensión subjetiva y objetiva del recurso de amparo», *Otrosí* núm. 10, abril-junio 2012, 5.ª época, p. 10. También M. CARRILLO ha afirmado que «el éxito de ésta [la reforma legal del recurso de amparo] está ahora en manos del Tribunal», «La objetivación del recurso de amparo: una nueva vía de garantía jurisdiccional de los derechos», *La reforma del recurso de amparo*, con R. ROMBOLI, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, p. 17.

siguientes páginas: analizar cómo el Alto Tribunal ha venido interpretando y aplicando las nuevas normas reguladoras del recurso de amparo constitucional con el fin de determinar, por un lado, si la nueva Ley está constituyendo una respuesta adecuada para el Tribunal y, por otro, para tratar de aproximarnos al modelo de amparo que finalmente se está implantando en nuestro ordenamiento jurídico: ¿un modelo de amparo de casos, prácticamente similar al que imperaba antes de la reforma? ¿Un amparo verdaderamente objetivado y que se rige a través de un sistema de admisión? O, por el contrario, ¿Un sistema de selección de casos similar al *writ of certiorari?*

2. OBJETIVOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA DEL RECURSO DE AMPARO

Aunque son de sobra sabidos los objetivos que movieron al legislador a aprobar la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, no está de más aludir a ellos en primer término para que sirvan de referencia a lo que se dirá más tarde en relación con el nuevo funcionamiento del recurso de amparo(3).

Me parece que fueron dos, sobre todo, los fines que inspiraron la reforma del amparo. El primero: intentar descargar al Tribunal Constitucional de la gran carga de trabajo que se deriva del número tan elevado de recursos de amparo que cada año acceden al Tribunal Constitucional(4). Muy probablemente, si el Tribunal no hubiese sido víctima de esta situación nadie se habría planteado seriamente la necesidad de modificar el régimen jurídico de este instrumento. Sin embargo, la situación llegó a ser tan grave que no parecía que quedara otra opción. En efecto, se ha escrito, con razón, que el TC ha sido, sobre todo, un Tribunal de amparo, en perjuicio de otras competencias que la Constitución atribuye al TC, por cierto, de forma exclusiva y excluyente(5). Los inconvenientes derivados del retraso que el TC ha acumulado, no ya sólo en relación con los recursos de amparo, sino también con los procesos de control de constitucionalidad de la ley, llevaron a afirmar incluso a algunos autores que estaba

(3) Sólo se consignan en el texto principal los objetivos que afectan directamente a la reforma del recurso de amparo. Pero es evidente que la LO 6/2007, mediante la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones, tiene también por finalidad reforzar a los órganos judiciales ordinarios en su función de garantes de los derechos fundamentales. Otra cosa es, naturalmente, que tal decisión legislativa sea la más acertada. Sobre este extremo, y sobre la necesidad de la existencia de vías para la tutela judicial de los derechos fundamentales, especialmente de los reconocidos en el art. 24.1 CE, puede verse mi trabajo «La tutela de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución tras la "objetivación" del recurso de amparo», *CEF Legal, Revista Práctica del Derecho* núms. 139 y 140, agosto-septiembre 2012.

(4) A tal efecto, la Exposición de motivos de la norma establece: «La experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad del Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal, cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa. En este sentido, esta Ley Orgánica intenta dar solución a todo este conjunto de problemas, y para ello procede a adecuar la normativa para dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional».

(5) *Vid.*, por todos, P. CRUZ VILLALÓN, «El estado del Tribunal Constitucional», *Claves de la Razón Práctica* núm. 191, pp. 6 y ss.

llevando «*de facto* a la inmunidad del legislador»[6]. Desde esta perspectiva, el problema del amparo es el problema del Tribunal Constitucional. El éxito de esta finalidad, que, insisto, no es sólo referida al amparo, sino sobre todo al propio Tribunal Constitucional, hay que tenerla muy presente en cómo se está llevando a cabo por aquél la aplicación de la reforma.

La segunda de las finalidades que persigue la reforma es la instauración de lo que se ha venido denominado un «amparo objetivado». Este objetivo es claramente consecuencia del anterior. Se puede afirmar que el razonamiento que ha llevado a instaurar este tipo de amparo es el siguiente: debido a que es insostenible seguir administrando el amparo de casos o subjetivado en la forma en que se ha venido haciendo, pero también a que no estamos dispuestos a prescindir de este instrumento, no hay más remedio que resaltar o priorizar su vertiente objetiva y restringir su vertiente subjetiva. O, dicho en palabras de M. ARAGÓN: instaurar un amparo a medio camino entre el amparo-tutela y el amparo control[7]. Para ello, la Ley da una nueva regulación al trámite de admisión de la demanda de amparo. Como se verá a continuación, la piedra angular sobre la que se pretende implantar el nuevo amparo es la llamada «especial trascendencia constitucional».

Antes de entrar en el objeto principal del trabajo, conviene apuntar las cifras del amparo de los últimos años: los interpuestos antes y después de la reforma, así como el número de ellos pendientes de admisión por parte del TC.

Año	Amparos interpuestos	Número total de amparos pendientes de admisión
2006	11.471	13.883
2007	9.840	12.166
2008	10.279	9.015
2009	10.792	4.569
2010	8.947	3.149
2011	7.098	3.420
2012	7.215	2.895

Fuente: Memorias del Tribunal Constitucional

Es evidente, a partir de los datos expuestos, que algo está cambiando en el Tribunal. En efecto, aunque el número de amparos que acceden al Alto Tribunal es todavía elevado, se ha producido un descenso sensible en los últimos años. Es evidente, sin embargo, que la situación del Tribunal ha dado un giro considerable en relación con los amparos que estaban pendientes de admisión, dato este último que viene motivado por la entrada en vigor de la LO 6/2007, de 24 de mayo. Ya sin más preámbulos, entro de lleno a dar cuenta de cómo está gestionando el Tribunal el incipiente amparo diseñado por el legislador orgánico en el año 2007.

(6) Las palabras transcritas corresponden a un firme defensor del amparo constitucional: L.M.ª DÍEZ-PICAZO, Introducción a la Mesa 2: «Tribunal Constitucional y derechos fundamentales», *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, 2007, p. 508.

(7) «La dimensión subjetiva y objetiva del recurso de amparo», *cit.,* pp. 7 y 8.

3. EL NUEVO AMPARO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

3.1. La especial trascendencia constitucional: un elemento determinante en el nuevo trámite de admisión

Sin duda, la principal novedad que la LO 6/2007, de 24 de mayo, ha introducido en el recurso de amparo es que ya no es suficiente que se acredite en la demanda que ha existido una vulneración de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE para determinar su admisión, sino que además es preciso que el «recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional» [art. 50.1.b) LOTC]. La propia LOTC, en el mismo precepto, concreta que tal trascendencia se apreciará «atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Resulta evidente que se trata de conceptos tan abiertos que resulta difícil determinar la *voluntas legislatoris* a la hora de su establecimiento.

Lo cierto es que la reforma ha instaurado una inversión del juicio de inadmisibilidad tal y como estaba regulado anteriormente: si antes el TC tenía que entrar a conocer si el recurrente en amparo cumplía con los requisitos exigidos legalmente entonces para determinar la inadmisión del recurso, en el sistema actual la regla general es la inadmisión, a no ser que el TC, constatada la especial trascendencia constitucional del asunto, así como el resto de los requisitos para su admisión, decida que ese amparo merece una respuesta sobre el fondo por su parte.

Por ello la reforma del amparo no sólo exige que el concepto especial trascendencia constitucional opere sólo en la fase de admisión, sino también, y sobre todo, en la de decisión[(8)]. O, dicho de otro modo: la lectura de las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en amparo han de revelar que el caso resuelto por el Tribunal merecía una respuesta por parte de este órgano constitucional. Otra cosa es, naturalmente, que, como se señala en la STC 192/1012, la apreciación de dicho requisito «encuentra su momento procesal idóneo en el trámite de admisión contemplado en el art. 50.1.b) LOTC». El hecho de que un asunto requiera una decisión del Tribunal Constitucional no debe estar sólo en manos del aplicado y excelente abogado que es capaz de argumentar en la demanda de amparo que el asunto que se le somete al TC tiene especial trascendencia constitucional y, en consecuencia, ha de ser objeto de estudio y conocimiento por parte del Tribunal. Sin duda, tal tarea puede ayudar al Tribunal pero no debe ser definitiva. Tampoco puede admitirse que la especial trascendencia constitucional sirva sólo al objeto de agilizar el trámite de admisión: que el TC decidiera resolver un asunto que carece de especial trascendencia constitucional y, por el contrario, inadmitiera otros tantos por el mismo motivo resultaría, en mi opinión, arbitrario.

Las razones enumeradas en el artículo 50.1.b) han de hacerse visibles, o al menos intuirse o deducirse, del contenido de la sentencia resolutoria de cada uno de los amparos que llegan al TC. Desde este punto de vista, y como se verá más adelante, se echa en falta, con carácter general, una explicación por parte del TC en algunas sentencias resolutorias de amparos de los motivos que le llevaron a admitir el caso por revestir especial trascendencia constitucional.

---

(8) *Vid.*, en contra de lo sostenido en el texto principal, C. IZQUIERDO SANS, «La inesperada relevancia del incidente de nulidad de actuaciones», *Otrosí* núm. 8, octubre-diciembre 2011, p. 20.

Sin duda, son varios los problemas que ya se derivan de lo poco que se ha apuntado hasta ahora y que son objeto de examen por separado.

a) La especial trascendencia constitucional: ¿un requisito suficiente para la admisión del amparo?

En primer lugar, cabe preguntarse si la especial trascendencia constitucional puede erigirse en el único criterio determinante de la admisión del recurso. O dicho de otro modo: si es posible la admisión de un amparo en el que concurre la especial trascendencia constitucional a pesar de constatarse, en un examen liminar de la demanda, que no hay ninguna situación subjetiva que tutelar, ya que no hay vulneración del derecho fundamental alegado. Me parece que tal posibilidad presenta dificultades de encaje con la regulación del amparo prevista en la Constitución. El hecho de que la reforma del amparo haya remarcado su carácter objetivo mediante la exigencia de que para su admisión tenga «especial trascendencia constitucional» no implica que el recurso de amparo sea un instrumento dirigido a satisfacer únicamente esta dimensión. No puede admitirse un amparo, por más trascendencia constitucional que tenga, si en el primer examen realizado en la fase de admisibilidad se constata que no ha habido lesión del derecho fundamental. Comparto la opinión doctrinal que sostiene que nuestra Constitución no da cobertura a un amparo que tenga por único objeto la interpretación y defensa de la Constitución o, expresado en palabras de J. JIMÉNEZ CAMPO, «su reconstrucción hermenéutica en atención a intereses exclusivamente objetivos»[(9)]. Tal modelo resultaría inconstitucional porque su diseño tal como resulta de la Constitución está previsto como un remedio que cabe accionar *para la protección* de algunos derechos fundamentales cuando han resultado inútiles otras vías de tutela.

Buena prueba de que el amparo sigue manteniendo esta vertiente tuteladora lo constituye el hecho de que la reforma no ha suprimido ni ha dejado vacíos de contenido los instrumentos ya previstos en la LOTC desde el momento de su aprobación que tienen como único fin la tutela de los derechos en el caso concreto. Me refiero a las facultades contenidas en el art. 56 LOTC consistentes en la suspensión del acto impugnado o de la adopción de otras medidas cautelares por parte del Tribunal con el objeto de no «hacer perder al amparo su finalidad» (art. 56.2 LOTC)[(10)]. Dicho precepto, que también fue modificado por la LO 6/2007, lejos de restringir las posibilidades de tutela cautelar, no sólo las ha mantenido en orden a adoptar la suspensión, sino que las ha ampliado, posibilitando al TC la adopción de otras medidas cautelares[(11)].

El TC también ha asumido la tesis expuesta y así lo ha venido manifestando desde las primeras resoluciones que dictó en aplicación de la reforma. Así, ya en el ATC 272/2009

---

(9) *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Valladolid, 1999, p. 107. También en este sentido, P. PÉREZ TREMPS, *El recurso de amparo*, Valencia, 2004, p. 31. Hay autores, sin embargo, que no comparten tal tesis. Pude verse, entre otros, M. CARRILLO, «La objetivación del recurso de amparo (…)», *cit.*, p. 75.

(10) *Vid.* el análisis realizado por R. ROMBOLI en relación con estas facultades del TC a propósito de la objetivación del amparo frente a la subjetivación en «La protección de los derechos tras la "objetivación" del amparo», *La reforma del recurso de amparo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, p. 107 y ss.

(11) Es más, el TC ha realizado una interpretación generosa del nuevo art. 56.3 LOTC, al admitir que tal precepto permite que el TC suspenda la resolución impugnada o la adopción de cualquier otra medida cautelar *inaudita parte*, antes incluso de la admisión a trámite del recurso. *Vid.*, en este sentido, el ATC 16/2011. Un comentario crítico en relación con esta doctrina puede verse en J. L. REQUEJO PAGÉS, «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2011», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 92, 2011, pp. 288-289.

afirmó que «si en el examen liminar de la demanda y de los documentos unidos a ella se apreciara una manifiesta falta de apariencia de la lesión en las quejas aducidas, ello excluiría por sí mismo la justificación de una resolución sobre el fondo por parte del TC y determinaría la inadmisión del recurso de amparo por ausencia de especial trascendencia constitucional *ex* artículo 50.1.b) de la LOTC, haciendo innecesario, al tratarse de exigencias acumulativas, interrogarse acerca de la concurrencia en el recurso de una especial trascendencia constitucional a la vista de los criterios previstos en el citado precepto». Esta cuestión enlaza con otra de sumo interés, cual es el orden en el que el Tribunal Constitucional comienza el examen de los requisitos de admisibilidad de la demanda de amparo, asunto central del que me ocuparé más adelante.

Tras lo que se acaba de exponer, puede afirmarse que el amparo, tras su nueva configuración, sigue manteniendo de alguna manera su carácter de instrumento dirigido a la protección de situaciones subjetivas. Ahora bien, creo que no puede afirmarse que el amparo es, dentro del conjunto de garantías del sistema, un instrumento en el que cabe recabar la tutela de los derechos fundamentales una vez que ésta no ha sido dispensada por los órganos judiciales. Esta faceta tuteladora de situaciones subjetivas, aun latente e imprescindible en el nuevo amparo, creo que no permite afirmar que este instrumento constituya hoy por hoy un mecanismo instaurado para tutelar, con carácter general, derechos fundamentales.

b) La justificación de la especial trascendencia constitucional: ¿un requisito formal o material?

La especial trascendencia constitucional, además de erigirse en un requisito sustantivo *sine qua non* para la admisión de la demanda de amparo, parece exigir también, por los términos en los que está redactado el art. 49.1d) LOTC, que el demandante de amparo justifique en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que pueda considerarse de aplicación, en los casos en los que se omite tal justificación, la posibilidad de subsanación prevista en el art. 49.4 LOTC(12). La interpretación de este último precepto fue una de las primeras cuestiones que abordó el TC en relación con las modificaciones introducidas en el recurso de amparo por la LO 6/2007, de 24 de mayo. Una aproximación al significado que este requisito impone a los recurrentes exige un somero análisis de la doctrina constitucional recaída al respecto y, de forma especial, del ATC 188/2008. Hay que aclarar previamente que el requisito de hacer constar en la demanda de amparo la «especial trascendencia constitucional» y el hecho de su concurrencia no son idénticos, ya que aunque en la demanda se exponga con la claridad exigida en la Ley que el recurso goza de trascendencia constitucional, sólo puede apreciar que concurre dicha causa de admisión el propio TC. Y es que razonar sobre la trascendencia constitucional y que el asunto efectivamente la tenga son cosas distintas(13). El hecho de que esto sea así no ha impedido que el

(12) Así lo ha considerado el TC, entre otros muchos, en el ATC 188/2008, al señalar: «Habida cuenta que la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 40.1 *in fine* LOTC) es una inexcusable exigencia argumental para el recurrente, vinculada con un requisito de orden sustantivo cuyo cabal cumplimiento se conecta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo tal como resulta de la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, no cabe admitir que el incumplimiento de esta carga en la demanda de amparo constituya un defecto subsanable, no siendo, en consecuencia,, procedente la apertura del trámite de subsanación previsto en el art. 49.4 LOTC (ni tampoco, obviamente, la subsanación por propia iniciativa del recurrente)».

(13) A la vista del número importante de autos en los que el TC estima recursos de suplicación interpuestos por el Ministerio Fiscal contra providencias en las que se acordaba la inadmisión del recurso de amparo por carecer de

Tribunal exonere a los recurrentes en amparo de cumplir con la obligación de razonar en la demanda a propósito de la especial trascendencia constitucional. Un buen ejemplo de esta cuestión lo constituye la STC 176/2012, en la que resultó inadmitido el recurso a pesar de que el amparo, tal y como expuso el Ministerio Fiscal, gozaba del requisito de la especial trascendencia constitucional. Es evidente, en consecuencia, que la apreciación por parte del Ministerio Fiscal del requisito previsto en el art. 50.1.b) no puede suplir la omisión del recurrente en relación con el cumplimiento de tal requisito.

En efecto, argumentar sobre la especial trascendencia constitucional en la demanda de amparo se convierte así en un requisito para la admisión de la demanda de amparo o, en su caso, para estimar el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia de inadmisión del recurso de amparo(14), al margen de que el asunto tenga de *facto* especial trascendencia constitucional, cuya apreciación le corresponde en última instancia al TC(15). Dicha carga, según ha declarado reiteradamente el Tribunal, «constituye un instrumento de colaboración de todo recurrente con la Justicia constitucional»(16). Y quizás, precisamente por ello, el TC no se puede ver vinculado ni por las causas aducidas por el recurrente para justificar tal extremo, ni por las opuestas de contrario —ya sea por el Ministerio Fiscal o por las partes personadas en el proceso de amparo—. Resulta curiosa, en este sentido, la STC 192/1012, una de las pocas en las que el TC se pronuncia en los fundamentos jurídicos de la sentencia acerca de las razones que dotan de trascendencia constitucional al asunto. En este caso, los recurrentes adujeron en la demanda de amparo que al Tribunal se le presentaba una cuestión nueva y con cierta repercusión social, cual era si los cargos públicos electivos por sufragio universal de los miembros de Comunidades universitarias, en particular el Rector, entran o no en el ámbito protegido por el art. 23.2 CE. La contraparte, por el contrario, interesó la inadmisión del amparo al carecer este de especial trascendencia constitucional con el argumento de que a ese supuesto le podía ser de aplicación la doctrina recaída en otras sentencias referidas a puestos directivos de una administración educativa. Pues bien, el TC, en la fundamentación jurídica de la sentencia, no sólo considera que el asunto goza de la especial trascendencia constitucional por una de las razones aducidas por el demandante de amparo —no haber pronunciamiento sobre el cargo de Rector—, sino también porque la diversidad de resoluciones por parte del TC en relación con cargos académicos le da ocasión al Tribunal «para aclarar el sentido y alcance de su doctrina en este ámbito». De esta manera, el TC, de oficio, adiciona una causa más de especial trascendencia constitucional no alegada por el recurrente ni por el Ministerio Fiscal y que también es merecedora de una respuesta por parte del TC.

---

especial trascendencia constitucional, cabe dudar de si, en los primeros meses de aplicación de la ley, el TC procedió a la inadmisión de asuntos que, a pesar de haber argumentado el recurrente sobre la especial trascendencia constitucional del recurso, el TC, por el contrario, determinó que no gozaban de tal calificación.

(14) *Vid.*, entre otros, el ATC 26/2012.

(15) Como es sabido, el ATC 188/2008 contiene un voto particular del Magistrado E. Gay Montalvo en el que señala precisamente que el requisito de hacer constar en todo caso la especial trascendencia constitucional del asunto en la demanda de amparo se convierte en un formalismo enervante en la medida que obligará al TC a inadmitir aquellos amparos que, a pesar de tener trascendencia constitucional, no hayan razonado sobre este extremo en la demanda de amparo. Según el autor del voto, tal forma de actuar supone «una inversión entre las funciones de quienes deben juzgar y de quienes deben defender los derechos de aquéllos que les han confiado su defensa».

(16) *Vid.*, entre otras, STC 192/2012, FJ 2.º

El problema que generó tal exigencia tras la entrada en vigor de la reforma se acrecentó como consecuencia de dos factores. Por un lado, por el hecho de que la LO 6/2007, de 24 de mayo, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. Por otro, por el carácter excesivamente abierto de los términos legales explicativos de lo que debía entenderse por especial trascendencia constitucional. Teniendo en cuenta lo anterior, parece que hubiera sido aconsejable que la LO 6/2007 hubiera dispuesto una *vacatio legis*, así como que el TC hubiera contribuido desde el primer momento a despejar las incertidumbres a propósito del significado de la cláusula de la «especial trascendencia constitucional»[17].

Si bien es cierto que el TC ha aplicado de forma rigurosa tal requisito, se han introducido algunos matices que deben ser objeto de un breve comentario. El TC ha flexibilizado en algunos casos la carga que impone el art. 49.1 *in fine*, en relación con la justificación de la especial trascendencia constitucional. Son tres, principalmente, las causas que ha aducido el alto Tribunal para mitigar las exigencias que se derivan de la mencionada carga.

Por un lado, el TC ha tomado en consideración si la demanda de amparo se interpuso antes o después de que se publicara en el BOE la importante STC 155/2009, en la que el TC concreta, aun sin agotarlos, los supuestos que pueden otorgar a un determinado supuesto la especial trascendencia constitucional a la que se refiere en el art. 50.1.b) LOTC[18]. Naturalmente, esta flexibilización no alcanza a dispensar al recurrente de la carga de justificar, aun de forma deficiente, la especial trascendencia constitucional del recurso. Por otro, se afirma en la STC 17/2011 que el mandato previsto en el art. 49.1 LOTC «tiene un alcance instrumental, en cuanto se dirige a proporcionar al Tribunal elementos de juicio para decidir sobre la admisibilidad de la demanda; si *ab initio* el Tribunal se consideró suficientemente ilustrado, no cabe sino hacer un uso prudente de la facultad de inadmitir posteriormente la demanda por meros defectos en el modo de redactarla. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2004 (*caso Sáez Maeso c. España*) apreció que el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales había sido vulnerado por la decisión del órgano judicial nacional que, pese a haber declarado admisible inicialmente un recurso de casación, cinco años más tarde lo declaró inadmisible a causa de que su escrito de interposición adolecía de un defecto formal de carácter instrumental; y por nuestra parte, hemos hecho aplicación de esta doctrina en la STC 248/2005»[19]. Todo parece indicar, en consecuencia, que si el TC se vio suficientemente ilustrado acerca de la especial trascendencia del recurso, hasta tal punto de superar la fase de admisión, no será con carácter general motivo de inadmisión en sentencia, siempre y cuando, claro está, se pueda inferir del escrito que el recurrente ha cumplido con la carga impuesta por la LOTC, aunque al hacerlo haya incurrido en algunos defectos. Ya en esta fase, es probable que el TC utilice su poder de inadmisión, más para censurar al recurrente por la forma en que justificó en

(17) Un sector de la doctrina ha puesto de manifiesto ambos inconvenientes y los efectos que generaron en los demandantes de amparo. *Vid.*, por todos, F. J. MATÍA PORTILLA, «La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 86, 2009, en especial pp. 350 y ss.

(18) Pueden verse en este sentido las SSTC 15, 143/2011 y 176/2012.

(19) En el mismo sentido que esta sentencia, pero sin hacer alusión expresa a la jurisprudencia del TEDH, se pronuncia la STC 145/2011.

la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso que para apreciar que, *de facto*, el recurso carece materialmente de aquella[20].

En último lugar, también admite el TC que la justificación de la especial trascendencia constitucional, aun no argumentándose en la demanda de amparo, sea objeto de subsanación por el recurrente mediante la presentación de un escrito complementario[21].

Al margen ya de estos criterios flexibles aplicados por el TC, conviene hacer también algunas precisiones a propósito de cómo ha de consignarse en la demanda tal justificación. Según el TC no es necesario para satisfacer tal exigencia «ajustarse a un modelo rígido, pero sí responder a los "cánones propios de este tipo de escritos procesales"»[22]. Más concretamente, el Alto Tribunal ha señalado que argumentar sobre la especial trascendencia constitucional, que no es alegar sobre la vulneración del derecho en el caso concreto[23], exige «un esfuerzo argumental (…) que ponga en conexión las vulneraciones constitucionales alegadas con los criterios del art. 50.1.b LOTC, explicitando la proyección objetiva del amparo solicitado y traduciendo en el plano formal (art. 40.1 LOTC) la exigencia material de la especial trascendencia constitucional del asunto»[24]. Una vez apreciado ese esfuerzo argumental por parte del recurrente, el TC no se ha mostrado especialmente formalista a la hora de exigir el cumplimiento de unas determinadas formalidades para entender cumplido el citado requisito[25].

c) ¿Es compatible la apreciación de la especial trascendencia constitucional con las «series o familias de amparos»?

Una de las dudas que suscitaba la nueva regulación del recurso de amparo y que se va despejando con el tiempo es cómo gestionaría el alto Tribunal las series de demandas de amparo con el mismo objeto. Según un sector doctrinal existían dudas a propósito de cómo actuaría el TC en estos casos: ¿admitiría uno sólo de los amparos con especial trascendencia constitucional e inadmitiría otros presentados posteriormente con idéntico objeto por carecer ya de especial trascendencia constitucional?[26].

---

(20) Una crítica a esta doctrina del TC, que equipara la deficiente justificación de la especial trascendencia constitucional con «un defecto formal de carácter instrumental», puede verse en J.L. REQUEJO PAGÉS, «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2011», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 92, mayo-agosto 2011, pp.. 284-285. Afirma Requejo, con razón, que si el requisito de argumentar sobre la especial trascendencia constitucional del recurso fuera un defecto formal de carácter instrumental, «la trascendencia constitucional de la demanda podría apreciarse de oficio aun en ausencia de toda justificación por parte del recurrente».

(21) El reciente ATC 24/2012 confirma este extremo.

(22) STC 176/2012.

(23) *Vid.,* entre otros, ATC 42/2012.

(24) *Ibidem*. Por ello, el TC ha exigido que «en la demanda ha de disociarse adecuadamente la argumentación tendente a justificar la existencia de lesión de un derecho fundamental de aquella dirigida a justificar la especial trascendencia constitucional» (STC 107/1012).

(25) Un buen ejemplo de lo apuntado en el texto principal lo constituye la STC 107/2012, en la que el TC, aun admitiendo que la forma en que se ha dado cumplimiento al requisito de argumentar acerca de la trascendencia constitucional del asunto no constituye un modelo de claridad y precisión, tiene por cumplido tal requisito al apreciar que la demanda «pone de relieve los datos necesarios para justificar la proyección objetiva del amparo solicitado (…) [y] la conexión material entre las vulneraciones denunciadas y los criterios establecidos en el art. 50.1b) LOTC y en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 (…)».

(26) Han sido varios los autores que se han referido a esta problemática. *Vid.,* entre otros, M. ARAGÓN REYES, «Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo», *Otrosí*, *cit.*, p. 8. También, M. CARRILLO, «La objetivación del recurso de amparo: una nueva vía de garantía jurisdiccional de los derechos», *cit.*, p. 74.

La práctica del TC ha confirmado que éste no se limita a la admisión de una única demanda de amparo, sino que, por el contrario, si el recurrente cumple con los requisitos de procedibilidad —entre los que se encuentra justificar la especial trascendencia constitucional—, no tiene inconveniente en admitirlas a trámite, dando lugar a sentencias que se limitan a reiterar la misma doctrina y a aplicarla al caso concreto. Así, son varios los temas o familias de amparos que en el año 2012 han dado lugar a un importante número de sentencias con doctrina reiterativa, a saber: son muy numerosas las que versan sobre la llamada doctrina Parot (entre otras, SSTC 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69 y 114/1012)[27]; asimismo, en relación con la constitucionalidad de las prácticas informativas que se llevan a cabo con cámara oculta y que inciden en los derechos a la intimidad y a la propia imagen de las personas objeto del reportaje, se han dictado las SSTC 11, 17, 23 y 74/1012[28]; también ha generado una importante cantidad de recursos de amparo la posibilidad de subsanación de la falta del depósito para recurrir previsto en el apartado segundo del párrafo 7.º de la disposición adicional duodécima de la LOPJ (STC 129, 130, 154, 180 y 203/2012, entre otras). Otro asunto que también ha merecido pronunciamientos reiterados lo constituye la aplicación de la doctrina recaída en la STC 20/1012 en relación con la tasa impuesta por el art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, para el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo (SSTC 190/1012, 164/2012). Asimismo, esta reiteración también es posible apreciarla en relación con la subsanabilidad del pago de la citada tasa (SSTC 190 y 218/1012, entre otras). Por último, también son expresión de esta práctica las SSTC 90, 109, 127 y 156/1012, que consideran vulnerado el derecho a la legalidad sancionadora como consecuencia de subsumir unos hechos en un ilícito tipificado en una ley no aplicable en una determinada Comunidad Autónoma que ha asumido y ejercido sus competencias exclusivas en la materia.

El hecho de que la objetivación del amparo no haya supuesto que el TC inadmita aquellas demandas de amparo idénticas, o con un objeto similar a amparos previamente admitidos a trámite y pendientes de sentencia, no significa que, una vez recaída sentencia en estos recursos, el TC deba seguir admitiendo recursos de amparo con el mismo objeto. Efectivamente, una vez que el pronunciamiento del TC ya es público, los órganos judiciales deberán aplicar la doctrina constitucional. Salvo que pueda alegarse una infracción del art. 5.1 LOPJ —ya sea porque los órganos judiciales desconozcan o infrinjan tal doctrina de modo reiterado y generalizado o porque el órgano judicial de forma consciente se aparte de ella—, el TC no deberá admitir más amparos cuyo objeto sea idéntico al ya resuelto y hecho público a través del Boletín Oficial del Estado.

---

(27) Las sentencias sobre la llamada doctrina Parot han dado lugar a tres tipos de pronunciamientos. Por un lado, son varias las sentencias que declaran la inadmisibilidad del recurso de amparo en sentencia al apreciar que los recurrentes no agotaron la vía judicial previa al amparo (SSTC 174 y 179/1012). En otras, por el contrario, el TC estima los amparos en aquellos casos en los que había una resolución firme que determinaba la fecha de licenciamiento definitivo. En estos casos, la revisión de estas resoluciones firmes a partir de la doctrina sentada en la STS 197/2006, de 28 de febrero, se consideró vulneradora del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales al no haberse llevado a cabo a través de ningún recurso legalmente establecido al efecto (un ejemplo de esta forma de proceder está en la STC 62/1012). Por último, hay también un buen número de sentencias desestimatorias en las que el TC llegó a la conclusión de que no se vulneró el derecho a la invariabilidad de las resoluciones judiciales al no existir auto de licenciamiento firme (por ejemplo en la STC 39/2012).

(28) Hay que señalar que en dos de ellas (SSTC 17 y 23/2012) el TC declaró en la Sentencia la inadmisibilidad del amparo por haber interpuesto los recurrentes un incidente de nulidad de actuaciones manifiestamente improcedente.

Aunque el número de sentencias que ha dictado el Tribunal Constitucional en amparo se encuentra alejado del que según la doctrina debería emitir un Tribunal con un amparo objetivado[29], hay que tener en cuenta el hecho de la reiteración al que se acaba de hacer referencia. Si atendemos este dato, los pronunciamiento que son mera reiteración de doctrina superan el tercio de las sentencias dictadas por el TC y que se refieren a recursos de amparo admitidos tras la reforma de 2007[30].

4. EL TRABAJO DEL TC EN LA FASE DE ADMISIÓN: EL ORDEN EN EL ANÁLISIS DEL CONTROL DE ADMISIBILIDAD

Como ya se ha dicho al inicio de este trabajo, una de las finalidades a las que respondía la reforma de 2007 era la de intentar agilizar el trabajo del Tribunal, especialmente la fase de admisión del recurso de amparo. Y ello a través de dos técnicas fundamentalmente. Por un lado, invirtiendo la regla general hasta ahora vigente en relación con la admisión del recurso y, por otro, dispensando al Alto Tribunal del deber de motivar las providencias de inadmisión. Aunque a la vista de los datos consignados anteriormente es evidente que el trabajo del Tribunal se ha aligerado considerablemente, ha habido algunos autores que han criticado el trabajo que, en apariencia, realiza el Tribunal en la fase de admisión del amparo y, más concretamente, el orden en el control de los requisitos que podrían determinar la admisión de una determinada demanda de amparo. La cuestión radica en verificar cuál es el orden que sigue el Tribunal a la hora de declarar la admisibilidad de las demandas: ¿atiende primero a si el recurso de amparo goza de especial trascendencia constitucional o, por el contrario, examina en primer lugar si existe cierta verosimilitud de la alegada vulneración del derecho amparable? Parece evidente que si el TC entrara a analizar en primer lugar el segundo de los requisitos apuntados, no sólo se ralentizaría el trámite de admisión, sino que además, podría dar al traste con los objetivos de la reforma.

Una de las primeras voces de alarma en relación con este asunto la ha venido dando J. L. REQUEJO PAGÉS desde las imprescindibles crónicas de Doctrina del Tribunal Constitucional publicadas en la *Revista Española de Derecho Constitucional*. Concretamente, en la «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2011»[31], REQUEJO PAGÉS da cuenta de que los AATC 135 a 147/2011 inadmiten las respectivas demandas de amparo con base en lo dispuesto en el art. 50.1.a) LOTC, esto es, por inexistencia de vulneración de un derecho amparable. Ahora bien, el hecho de que tales asuntos gozaban de la especial trascendencia constitucional lo demostraba el hecho de haberse dictado la STC 163/2011, que tenía el mismo objeto que los amparos inadmitidos. Lo anterior es indicativo de que el TC anticipó al momento de la admisión un juicio sobre el fondo del asunto

(29) Tal y como han señalado algunos autores, la implantación de un amparo objetivado debería llevar a que el TC no dictara más de 30 recursos de amparo anuales. Entre otros, sostiene esta tesis M. CARRILLO «La objetivación del recurso de amparo: una nueva vía de garantía jurisdiccional de los derecho», *cit.* p. 37.

(30) Salvo error, 26 sentencias de amparo del total de las dictadas en 2012 se corresponden con recursos de amparo interpuestos antes de la reforma de 2007: 10, 11, 14, 15, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 113, 70, 88, 115, 116, 125, 117 y 164. Las sentencias recaídas respecto de amparos admitidos tras reforma son: 18 resueltos por el Pleno, 42 por la Sala Primera y 36 por la Sala Segunda. No obstante, más de una veintena se refieren al control de las decisiones de licenciamiento definitivo a las que se les aplicó la doctrina Parot.

(31) *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 94, enero-abril 2012, pp. 291-292.

que debería haberse llevado en sentencia. Estas resoluciones, sin embargo, no han sido las únicas en las que se aprecia esta forma de razonar del TC. Tal y como vuelve a poner de manifiesto J.L. REQUEJO, el ATC 9/2012, que inadmite también el amparo con base en la inexistencia de lesión del derecho fundamental amparable, parece dar a entender que el TC comienza el examen de admisibilidad por verificar si existe o no verosimilitud de la lesión para a continuación juzgar si el asunto reviste o no especial trascendencia constitucional(32). Tal forma de actuar, según referido autor, supone una vuelta al antiguo art. 50.1.c) LOTC —falta de contenido de la demanda constitucional— y puede dar al traste con la reforma operada en año 2007. Ahora bien, esta forma de organizar la admisión es sólo una suposición a la vista de algunas resoluciones dictadas por el TC(33).

Al margen de que dicha práctica por parte del TC se ajuste o no a la realidad, creo que merece algún comentario esta cuestión. En líneas anteriores he defendido que el amparo sigue manteniendo una dimensión tuteladora de situaciones subjetivas y que, en consecuencia, no sería posible la admisión a trámite de un recurso de amparo por más trascendencia constitucional que tenga, si es posible concluir en un análisis liminar que no se produce la vulneración del derecho fundamental alegado en la demanda. Creo, sin embargo, que de esta afirmación no cabe derivar que el TC deba analizar en primer lugar tal extremo. Uno de los objetivos que se perseguían con la reforma era precisamente el de agilizar el trámite de admisión, por lo que la regla general que impera desde el año 2007 es que todos los recursos de amparo han de considerarse inadmitidos, a no ser que el TC, en atención a la especial trascendencia constitucional del recurso, considere que son merecedores de una resolución por parte del Alto Tribunal. La lógica del sistema debe llevar a que el TC analice en primer término si el recurso merece una respuesta del TC precisamente en atención a la especial trascendencia constitucional que es, como ha reiterado el TC, algo distinto a argumentar sobre la lesión del derecho en el caso concreto. No obstante, dicha práctica no es incompatible con la posibilidad de que el TC dicte una providencia o auto de inadmisión con el argumento de que en el caso concreto no se aprecia la lesión del derecho fundamental. No quiero decir con lo anterior que el TC, una vez apreciada la especial trascendencia constitucional del recurso, deba anticipar en estos casos un juicio sobre el fondo como lo haría en el momento de dictar sentencia. En estos supuestos bastará para determinar la inadmisión del recurso con que el TC realice el mismo control que realizan los órganos judiciales en aquellos procesos que tienen un estricto control de admisión por utilizarse cauces de cognición limitados al conocimiento de las vulneraciones de derechos fundamentales. No obstante, no parece que esta sea la forma de proceder que ha seguido el TC en los autos anteriormente apuntados y, especialmente, en el ATC 9/1012, en el que el Alto Tribunal realiza un verdadero análisis del fondo en relación con las vulneraciones de derechos aducidas por el recurrente. Habrá que esperar un tiempo

(32) Tal como apunta J.L. REQUEJO PAGÉS («Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2012», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 95, mayo-agosto 2012, pp. 266-267). En este caso, además, no se aprecia ni en los antecedentes ni en los fundamentos jurídicos del auto ninguna referencia a la especial trascendencia constitucional del asunto, por lo que, de haberse omitido por el recurrente la justificación de tal requisito, debería haber llevado a la inadmisión del recurso sin necesidad de analizar si existía o no vulneración del derecho fundamental.

(33) *Vid.* también en este sentido S. GARCÍA COUSO, «El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la LO 6/2007: La objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* núm. 15, 1.er semestre 2010, pp. 151 y ss.

para verificar si esta forma de organizar la admisión se asienta o no en el Tribunal y, lo más importante, si se convierte en un obstáculo para la implantación del nuevo modelo de amparo.

5. LA INTERPRETACIÓN POR PARTE DEL TC DE LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL: LA STC 155/2009

Como es de sobra sabido, más tarde que pronto el TC decidió clarificar, a través de sentencia del Pleno, algunos criterios para determinar cuándo un asunto reviste la especial trascendencia constitucional para poder ser admitido a trámite. Se trata de la STC 155/2009 y, más concretamente, de su FJ 2.º Lo primero que hay que apuntar es que el catálogo de motivos que se contienen en ella no es cerrado, reservándose así el TC la posibilidad de modificar tales motivos, ya sea ampliando, restringiendo o matizando su contenido en el futuro(34). Según el propio Tribunal, pretender enumerar una lista cerrada de supuestos acerca de lo que significara la especial trascendencia constitucional «se opon[dría] [a]l carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción constitucional, en cuyo desempeño no puede descartarse, a partir de la casuística que se presente, la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido» (STC 192/2012, FJ 2.º).

Los supuestos que, según la famosa sentencia, gozan de especial trascendencia constitucional y, en consecuencia, pueden ser merecedores de una sentencia sobre el fondo por parte del TC, son los siguientes: a) Que el recurso plantee una cuestión nueva sobre alguno de los derechos amparables; b) Que el amparo permita al TC rectificar o aclarar su doctrina debido a «un proceso de reflexión interna», al «surgimiento de nuevas realidades sociales», «de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental» o «a un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE»; c) Que la vulneración del derecho fundamental tenga su origen no en la forma en que ha sido interpretada por los operadores jurídicos, sino en la ley o disposición de carácter general; d) Cuando la vulneración del derecho fundamental lo sea como consecuencia de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el TC considere inconstitucional; e) Cuando la vulneración del derecho fundamental lo sea como consecuencia del incumplimiento reiterado y generalizado de la doctrina constitucional, o existan resoluciones contradictorias sobre el derecho fundamental; f) Cuando la vulneración del derecho se deba a la negativa manifiesta de un órgano judicial a acatar la doctrina del Tribunal Constitucional; g) «Cuando el asunto suscitado,, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales».

En realidad, el catálogo elaborado por el Alto Tribunal, tal y como ha señalado alguno de los Magistrados del TC, «no inventa nada nuevo»(35). Las causas que se acaban de apuntar se

(34) Algunos autores ya se han pronunciado acerca de la conveniencia de que el Alto Tribunal amplíe los supuestos contenidos en ella. *Vid.* J.C. CABAÑAS GARCÍA, «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 88, 2010, pp. 39 y ss.

(35) En este sentido, el Magistrado M. ARAGÓN REYES ha señalado («Debate sobre las Ponencias», *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de la Asociación de Letrados del*

han elaborado a partir de la experiencia de otros Tribunales situados en la cúspide del sistema y, de forma especial, del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Con todo, la enumeración o formulación del catálogo parece más propia de la labor del legislador que de un Tribunal Constitucional, a pesar de ser amplio el margen de maniobra que el primero otorga al segundo.

Con carácter general, hay que señalar que el TC ha desistido, en la mayoría de las sentencias de amparo, de explicar o motivar las causas por las que un determinado recurso de amparo reviste especial trascendencia constitucional. Si la realización de este esfuerzo argumental se observó en sus primeras resoluciones después de aprobada la reforma, se va diluyendo con el tiempo hasta ser considerada incluso una *rara avis* la sentencia que se detiene en argumentar acerca de estas cuestiones(36). Lo que sí suele ser habitual es que el TC consigne en los antecedentes de las sentencias las causas aducidas por los recurrentes a la hora de justificar la especial trascendencia constitucional. Pero como ya se ha expuesto más atrás, el hecho de que el recurrente justifique en un determinado sentido la especial trascendencia constitucional no implica, en absoluto, que el Tribunal tenga que hacer suya tal argumentación.

A continuación me referiré a cómo el TC ha ido perfilando o administrando la admisión de los amparos teniendo en cuenta algunos de los supuestos apuntados ya que, por la amplitud con la que se formulan, pueden plantear serios problemas al TC a la hora de cambiar o modificar la perspectiva del amparo, teniendo en cuenta, además, que es el propio Tribunal el que parece haber renunciado a explicar en sus sentencias las razones por las que un determinado asunto fue admitido a trámite.

Por lo que se refiere al primero de los supuestos apuntados, el TC ha tenido ya la oportunidad de resolver asuntos nuevos referidos a distintos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en relación con el derecho a la libertad y seguridad (art. 17 CE), la STC 141/2012 resuelve el primer recurso de amparo en el que se enjuicia un caso de internamiento psiquiátrico urgente. En este supuesto, además, es especialmente llamativa la vertiente objetiva del amparo debido a que el TC deniega la solicitud de desistimiento del recurrente con el argumento de que «se trata del primer recurso de amparo en el que se enjuicia desde la óptica del derecho fundamental a la libertad personal un caso de internamiento psiquiátrico urgente». Asimismo, en relación con los reportajes realizados con cámara oculta y su afección a los derechos del art. 18 CE, el TC ha dictado la STC 18/2012. Hasta en relación con el art. 24.1 CE, respecto del cual parece que el Tribunal ya se ha pronunciado sobre casi todo, hay supuestos novedosos: si las personas jurídico-públicas tienen derecho a personarse como acción popular en los procesos de violencia de género (STC 67/2011); si surten efecto las comunicaciones procesales a través de fax (58/2010); si se vulnera el derecho del menor a ser oído en relación con el régimen de visitas de sus progenitores(37); si se incurre

---

Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, 2010, p. 95): «El Tribunal no ha inventado casi nada, el Tribunal sabía bien las cosas que se han estado haciendo fuera (especialmente en Alemania) y ha intentado obtener de ellas las mejores enseñanzas posibles. Nada más».

(36) Las pocas veces en las que se contienen en la fundamentación jurídica las razones por las que el recurso tiene especial trascendencia constitucional vienen motivadas porque alguna de las partes personada en el recurso de amparo cuestiona, o bien que el recurrente justificó tal carga, o bien que la alegada en la demanda de amparo no concurre en realidad. Pueden verse en este sentido las SSTC 76 y 105/2012.

(37) *Vid.* STC 163/2009. Aunque el Tribunal ya se había pronunciado antes sobre esta cuestión, la relevancia del asunto surge como consecuencia de la modificación del marco legal operada por la LO 5/2005, de 8 de julio.

en una selección irracional y arbitraria de la norma cuando el juzgador no tiene en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otorga meros efectos *ex tunc* a una resolución del citado Tribunal (STC 145/2012), etc.

Dicho motivo, que dota de especial trascendencia constitucional a un amparo, no debe asimilarse necesariamente a que se trate de supuestos fácticos novedosos y sobre los que el TC no se hubiera pronunciado nunca. Más bien creo —y así se ha demostrado en la práctica— que la novedad puede recaer sobre el contenido o régimen jurídico del derecho fundamental cuya protección se insta a través del amparo(38). En términos generales, no parece necesario que los amparos admitidos en virtud de esta causa deban obligar al TC a justificar que concurre la especial trascendencia constitucional del amparo, ya que así se deduce en la mayoría de los casos de la propia sentencia. No obstante, es preciso matizar lo que se acaba de afirmar.

En relación con algunos derechos fundamentales y el enjuiciamiento que realiza el TC a propósito de si aquellos resultan vulnerados, cobran especial importancia las circunstancias que concurren en el caso. De esta manera, aun habiendo doctrina constitucional sobre el régimen jurídico de un determinado derecho fundamental, la existencia de una circunstancia decisiva en un supuesto concreto puede dar lugar al TC a apreciar la concurrencia de la especial trascendencia constitucional. Es evidente que lo anterior puede llevar al TC a un casuismo y un puntillismo excesivo, pudiendo convertir este motivo de especial trascendencia constitucional en un auténtico coladero, si se me permite la expresión(39). Quizás una concreción de este fenómeno lo constituye la STC 107/2012 y, especialmente, la argumentación del Ministerio Fiscal en orden a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso(40).

También merece algún comentario la causa de especial trascendencia contenida en el apartado c) del FJ 2.º de la STC 155/2009 —cuando la vulneración del derecho provenga de la ley o de otra disposición de carácter general—. Los efectos perversos que tal causa puede generar, puesta en conexión con la nueva regulación del art. 55.2 LOTC(41), han sido

(38) A partir de esta interpretación, puede tener especial trascendencia constitucional un supuesto fáctico que, aun habiendo dado lugar a un importante número de resoluciones por parte del TC, resulta novedoso en cuanto quien resulta lesionado en sus derechos resulta ser un menor o un incapaz. *Vid*., en relación con este asunto, M. NOGUEIRA GUASTAVINO («La trascendencia constitucional de la demanda de amparo tras la reforma de la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007», *Revista de Derecho Social* núm. 51/2010, p. 185).

(39) Esta tendencia en el enjuiciamiento de algunos derechos es especialmente intensa en relación con los derechos del art. 24.1 CE. Puede verse al respecto mi trabajo «La protección de los derechos fundamentales del artículo 24.1 de la Constitución tras la objetivación del amparo», *cit*, pp. 70-71.

(40) En el Antecedente 4.º de la mencionada sentencia se establece: «En segundo lugar, entiende el Fiscal que también es posible estimar concurrente el supuesto contemplado en el apartado a) del fundamento de Derecho segundo de la citada STC 155/2009 (...), porque si bien existe jurisprudencia aplicable acerca del secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario, la casuística es tan numerosa "que resulta deseable adentrarse en análisis separados sobre supuesto de hecho que presentan diferencias de matiz"». Además, el MF también alegó como causa de especial trascendencia constitucional el hecho de que la doctrina del TC, referida a la intervención de las comunicaciones, estaba siendo desconocida de forma reiterada en una determinada demarcación territorial. No deja ser un tanto contradictorio el hecho de que se aleguen conjuntamente ambas causas de especial trascendencia constitucional, ya que si se estima que el TC tiene algunas cuestiones que aclarar respecto de su doctrina, tiene poco sentido apelar a que los órganos judiciales están incumpliendo reiteradamente una doctrina constitucional asentada.

(41) Dicho precepto, a diferencia de lo que preveía anteriormente, establece que «en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno *con suspensión del plazo para dictar sentencia*».

advertidos por J.L. REQUEJO con ocasión de la STC 163/2011[42]. El hecho de que no se prevea en la LOTC ninguna excepción en relación con la obligada suspensión del recurso de amparo cuando, como consecuencia de la posible inconstitucionalidad de la ley, se interponga autocuestión de inconstitucionalidad puede llevar al Alto Tribunal a «forzar un juicio favorable a la constitucionalidad de la ley» en la propia sentencia de amparo[43]. Concretamente, en el caso de la STC 163/2011, resolutoria de un amparo electoral, el TC no podría haber resuelto la autocuestión de inconstitucionalidad antes de que se llevaran a cabo las elecciones en el caso de que hubiera considerado que el art. 169.3 LOREG contradecía la Constitución. No hay siquiera que comentar los efectos que hubiera tenido una declaración de inconstitucionalidad de la citada Ley tras la celebración de éstas.

También requieren de algún comentario las causas de especial trascendencia constitucional que tienen su origen en el desconocimiento o en incumplimiento de la doctrina constitucional [apartados e) y f) del FJ 2.º de la STC 155/2009]. La importancia de la inclusión de estos casos como supuestos que le confieren a un recurso de amparo especial trascendencia constitucional es decisiva en la medida en que permitirá al TC asegurarse la primacía a la que se refiere el art. 123 CE en relación con las garantías constitucionales.

Empezando por el último de ellos, esto es, en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta a acatar la doctrina constitucional, hay que señalar que el Tribunal Constitucional ha realizado un esfuerzo argumentativo a la hora de determinar en qué casos puede considerarse que nos encontramos ante un órgano judicial «contumaz», actitud esta que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado f) del FJ 2.º de la importante STC 155/2009, llevaría al Tribunal Constitucional a admitir el recurso de amparo por considerarse un supuesto con especial trascendencia constitucional. Según el TC no puede confundirse la concurrencia de este supuesto con «la errónea interpretación aplicación de la jurisprudencia, incluso si fuera objetivable y verificable» en el caso concreto (ATC 26/1012, entre otros). Lo que caracteriza a tal supuesto de especial trascendencia constitucional es «el elemento intencional o volitivo» del juez que muestra una decisión consciente de soslayar la doctrina constitucional (ATC 141/1012, entre otros). Por otra parte, hay que señalar que en las sentencias dictadas en el 2012 y en las que la especial trascendencia constitucional se justifica precisamente en la contumacia del juez, el Tribunal ha evitado, con carácter general, introducir en sus sentencias apelaciones directas al órgano judicial incumplidor para que acate la doctrina constitucional[44].

Sin duda, la causa prevista en el apartado e) del FJ 2.º de la STC 155/2009 —la existencia de un desconocimiento reiterado y generalizado de la doctrina constitucional— es la que, desde mi punto de vista, más problemas está generando en la práctica. Por un lado porque, como se verá a continuación, la doctrina recaída a propósito de cuándo puede apreciarse la concurrencia de este motivo es muy parca y además confusa. Y por otro, consecuencia de lo anterior, porque puede dar lugar a que esta causa se diluya hasta tal punto que permita el acceso indiscriminado al amparo.

---

(42) *Vid.* «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2011», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 94, enero abril 2012, pp. 291-292.

(43) *Ibidem*, p. 292.

(44) Tal forma de proceder se observa, por ejemplo en las SSTC 59 y 133/2011. En esta última, además, los términos en los que el TC apela al órgano judicial son especialmente vehementes.

Debido a los términos en los que está redactada tal causa de especial trascendencia constitucional, parece evidente que el recurrente en amparo ha de probar que respecto de una cuestión concreta los órganos judiciales están desconociendo de forma *generalizada y reiterada* la doctrina constitucional(45). Sin embargo, en la mayoría de las sentencias de amparo, que, como ya se ha dicho, en los antecedentes suelen consignar los razonamientos de la parte tendentes a justificar la especial trascendencia constitucional del asunto, no suelen abundar en esta cuestión, limitándose a señalar que el recurrente ha invocado tal supuesto, pero sin especificar la forma en que tal circunstancia ha sido probada. Así, es posible encontrar sentencias de amparo y autos dictados en súplica frente a la decisión de inadmisión en los que se invoca tal causa de forma incompleta, es decir, alegando por ejemplo sólo el incumplimiento sistemático de un determinado órgano jurisdiccional(46). O más aún, haciendo simple referencia a la concurrencia de tal causa(47).

El hecho de que no se abunde en razonar sobre la concurrencia de este requisito genera problemas importantes no sólo para que los abogados cuenten con criterios que les permitan justificar en la demanda de amparo que se está produciendo tal circunstancia, sino también para el propio Tribunal a la hora de contar con criterios objetivos que le lleven a concluir que se está produciendo un desconocimiento generalizado y reiterado de su doctrina.

Así, por ejemplo, en la reciente STC 242/1012, el recurrente en amparo justifica que concurre en este caso este supuesto que dota a la demanda de especial trascendencia constitucional con el argumento de que «*el órgano judicial ha incumplido reiteradamente* la doctrina de este Tribunal Constitucional sobre (…)»(48). Y, a continuación, aduce también que concurre el supuesto de falta de acatamiento del órgano judicial a esa misma doctrina constitucional. Y como suele ser habitual, el TC no hace ninguna valoración al respecto en los fundamentos jurídicos de la sentencia en relación con la especial trascendencia constitucional. Pues bien, todo apunta a que el TC ha admitido a trámite el amparo como consecuencia de la concurrencia del primer motivo apuntado, ya que no parece que en este caso concurra el segundo de los mencionados en atención a la doctrina constitucional recaída sobre el tema y a la que me referiré más adelante. Si esto fuera así, quedarían comprendidos en tal supuesto dador de especial trascendencia constitucional los incumplimientos reiterados de la doctrina constitucional imputables a un solo órgano judicial, lo cual pone como poco en cuestión el significado del término «generalizado».

Es especialmente llamativo, a la hora de poner de manifiesto los problemas que genera esta causa de especial trascendencia constitucional, el ATC 123/2012. Dicha resolución resuelve un recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una providencia de inadmisión de un recurso de amparo en el que se aducía la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, concretamente del derecho a que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y con respeto al principio de contradicción. Así, una Audiencia Provincial, en grado de ape-

(45) *Vid.* M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «La trascendencia constitucional de la demanda de amparo tras la reforma de la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007», *cit.*, pp. 189-190.

(46) *Vid.,* por ejemplo, la STC 107/2012.

(47) *Vid.*, por ejemplo, la STC 182/2012.

(48) El subrayado es añadido. El órgano Judicial al que se refiere es la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

lación, había condenado a pesar de la sentencia absolutoria en primera instancia, con indicios importantes de no haber respetado la doctrina constitucional iniciada con la importante STC 167/2002. El Ministerio Fiscal fundó el recurso de súplica en que la doctrina contenida en dicha sentencia está siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, por lo que habría que concluir que este tiene espacial trascendencia constitucional. La Sala Segunda del TC, en su ATC 123/2012, estima el recurso de súplica con base en dos tipos de argumentaciones. Por un lado, y sin apartarse de las circunstancias que concurren en el caso concreto, el TC acaba constatando que, en un análisis liminar de la demanda, hay indicios de que el órgano judicial ordinario no fue respetuoso con el derecho a un proceso con todas las garantías tal y como ha sido interpretado por el TC en la STC 167/2002. Por otro lado, y en relación con la alegación principal del Ministerio Fiscal, consistente en que dicha doctrina está siendo incumplida de modo reiterado y generalizado por los órganos judiciales ordinarios, el TC se limitó a señalar: «Por otra parte, no puede olvidarse que el desconocimiento reiterado de los principios inspiradores de esta doctrina ha sido causa de diversas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarativas de la vulneración por España del derecho a un proceso equitativo recogido en el rt. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (entre otras, Valbuena Redondo, de 13 de diciembre de 2011)».

Tal argumentación del TC es el único sustento utilizado por el TC para poner de manifiesto que la doctrina constitucional está siendo incumplida de modo reiterado y generalizado por parte de la jurisdicción ordinaria. Esta apelación a las condenas al Reino de España recogidas en el citado Auto puede ser interpretada en un doble sentido.

Por un lado, podría interpretarse que el Tribunal Constitucional incluye como un factor relevante para considerar que existe un incumplimiento reiterado de la doctrina constitucional el hecho de que existan condenas por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquellos casos en los que el canon de control de ambos Tribunales es más o menos coincidente. Sin duda, no habría nada que objetar a esta tesis. Parece razonable el hecho de que el TC atienda a las vulneraciones que más frecuentemente generan condenas al Reino de España a la hora de verificar si nos encontramos ante el supuesto de concurrencia de la especial trascendencia constitucional enunciado en el FJ 2.º de la STC 155/2009. Sin duda, puede ser un indicador válido, utilizado junto con otros, para justificar que se da el supuesto de la especial trascendencia constitucional antes referido. Lo que genera cierta extrañeza es que tal argumento se utilice como la única *ratio* para concluir que el asunto reviste la especial trascendencia constitucional por constituir un incumplimiento reiterado y generalizado de la doctrina constitucional. Y lo anterior por los siguientes motivos. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos sólo es procedente cuando el recurrente ha agotado las vías internas que el ordenamiento jurídico dispone para la salvaguarda de los derechos del Convenio. Esta exigencia obligará en muchos casos —no en todos, naturalmente— a la interposición de un recurso de un amparo constitucional antes de impetrar la tutela internacional, lo que llevaría al TC a conocer antes incluso que el Tribunal de Estrasburgo que existe un problema de vinculación de nuestros órganos judiciales a la Constitución y a la Convención de Roma en el modo en que tales textos han sido interpretados tanto por el TC como por el TEDH respectivamente. Desde luego, si el TC utilizara como único criterio la existencia de varias o reiteradas condenas al Reino de España para percatarse de que su doctrina está siendo

incumplida de forma generalizada y reiterada por los órganos judiciales ordinarios, no hará más que confirmar su falta de sujeción a los propios criterios expresados por el mismo en el FJ 2.º de la STC 155/2009 y que concretan los supuestos que pueden dar lugar a la concurrencia de la especial trascendencia constitucional. O, expresado con otras palabras: el amparo objetivado, en los términos en los que ha sido interpretado por el TC en su STC 155/2009, no debería dar lugar a un número importante de condenas a nuestro Estado por parte del TEDH en relación con la reiteración de determinadas prácticas que suponen la vulneración de derechos amparables, no así con otros reconocidos en el Convenio pero no en nuestra Norma Fundamental.

A partir de las consideraciones que se acaban de exponer, no resulta difícil concluir que si las condenas reiteradas del Tribunal de Estrasburgo a España en relación con la existencia de prácticas vulneradoras de un determinado derecho fundamental se convierten en el único argumento para concluir que se está incumpliendo de forma generalizada y reiterada la doctrina del TC, ello significará que el TC no ha realizado una política de admisión de conformidad con los criterios adoptados en la STC 155/2009. Naturalmente, todo lo que se ha dicho anteriormente parte de dos presupuestos que, de no compartirse o cambiarse en el tiempo, darían al traste con la tesis propuesta. Los dos argumentos son los siguientes. Primero: Que los recurrentes en amparo cumplen con la obligación impuesta por el art. 50.1.b) LOTC de justificar en el amparo la especial trascendencia constitucional del asunto, ya que, de no hacerlo, el TC no tendría más remedio que inadmitir el amparo en aplicación de su propia doctrina. Segundo: Que el recurso de amparo siga siendo un «recurso efectivo» para la tutela del derecho fundamental vulnerado, ya que, en otro caso, el Alto Tribunal Europeo no exigiría acudir al recurso de amparo antes de impetrarse la protección internacional de los derechos fundamentales. Aún es pronto para saber qué criterios utilizará el TEDH para determinar si es preceptiva o no la interposición del recurso de amparo para tener por agotadas las vías internas de protección y que, en consecuencia, quede expedita la vía internacional.

Ahora bien, las palabras antes transcritas del ATC 123/2012 pueden ser interpretadas en otro sentido que, desde mi punto de vista, no resultaría tan razonable o adecuado como el anterior. En efecto, podría interpretarse que el TC acuerda la estimación del recurso de súplica para evitar que España sea condenada por vulnerar el art. 6.1 CEDH en el caso de que, efectivamente, la Audiencia Provincial haya actuado sin respetar lo dispuesto en el art. 24.1 CE y en el art. 6.1 CEDH. O dicho de otro modo: podría sostenerse, a partir del tenor literal del Auto, que según el TC tendrían trascendencia constitucional no sólo las causas enumeradas en el FJ 2.º de la STC 155/2009, sino también aquellos asuntos que podrían suponer *una* condena a España por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dicha forma de proceder parece indicar que el TC estaría más preocupado por asegurar el estándar europeo —mínimo común— que el creado por el propio TC. En efecto, si se dota de especial trascendencia constitucional a tal supuesto, los resultados que arrojaría son que el TC protege en todo caso a los derechos convencionales, y sin embargo no dispensa tal tutela a los derechos constitucionales. No hay que decir, además, que la instalación de esta práctica en el Tribunal podrá acabar arruinando la reforma.

Es evidente, después de lo que ya se ha expuesto, que el TC debería ser explícito en sus sentencias sobre si concurre o no esta causa dadora de especial trascendencia constitucional. La omisión por parte del TC puede echar por tierra el objetivo pretendido por el propio Tribu-

nal cuando elaboró el Fundamento Jurídico segundo de la STC 155/2009, que creo que no es otro que hacer explícito y alertar a la generalidad de los órganos judiciales de que determinados asuntos se están resolviendo con contravención de su doctrina. Pero, más aún, el hecho de que el TC no especifique que concurre esta causa puede generar dudas acerca de si el TC ha adoptado sin titubeos el nuevo modelo de amparo diseñado en la LO 6/2007. En efecto, generalmente, los amparos que son admitidos con base en esta causa no hacen más que aplicar al caso concreto una doctrina ya reiterada y ya conocida por los aplicadores del derecho, por lo que el amparo resuelto en el caso concreto se identifica más con un «modelo de amparo de casos» que con «modelo de amparo objetivado». Y ello puede llevar a equívocos y a especulaciones a propósito de las causas que han llevado al TC a admitir estos amparos. Por ejemplo: el Tribunal, durante los dos últimos años, ha admitido a trámite y ha sentenciado varios casos que versaban sobre investigación insuficiente de denuncias de torturas(49) y también otros en los que se había producido una condena en segunda instancia tras la absolución en la primera con contravención de los principios de inmediación(50). Pues bien, en estos casos podría concluirse que la razón que ha llevado al TC a admitir y sentenciar estos amparos no viene motivada por la concurrencia de algún criterio objetivo, sino por la importancia de los derechos que se alegan como vulnerados(51). Naturalmente, esta forma de ver las cosas pone en cuestión que el TC haya decidido romper con el viejo amparo.

6. ¿UN NUEVO MODELO —O NO— DE ADMISIÓN O UN MODELO DE SELECCIÓN?

Como ya se ha expuesto anteriormente, si el disenso en cuanto a lo que necesitaba el amparo era extendido en la doctrina antes de la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo, también lo es ahora en cuanto al alcance que ha tenido la reforma. Concretamente, el punto más discutido lo constituyen las posibilidades que el legislador, tras la nueva configuración del recurso de amparo, brinda al TC. Para un sector doctrinal, el nuevo sistema establecido por el legislador lo que impone es un sistema de admisión de asuntos pero no de selección, de ahí que el alto Tribunal no disponga de absoluta libertad para inadmitir todo aquello que quiera(52). Esta forma de razonar lleva a afirmar que el TC debe admitir aquellos asuntos que cumplan los requisitos legalmente establecidos para ser admitidos. Naturalmente, no hay que derivar de lo anterior que la ley no otorgue al alto Tribunal un amplio margen de libertad a la hora de considerar qué casos revisten o no la trascendencia constitucional requerida para la admisión del recurso. La apreciación de la concurrencia de este requisito,

(49) Pueden verse, entre otras, las SSTC 182/1012 (en los antecedentes se hace referencia a que el recurrente argumentó que concurría esta causa, pero en los FFJJ el TC omite cualquier pronunciamiento al respecto) y 131/2012 (en la que no hay ninguna mención a la especial trascendencia constitucional).

(50) *Vid.,* por ejemplo, la STC 144/2012, en la que no hay ninguna mención a la especial trascendencia constitucional del recurso.

(51) Esta tesis ha sido mantenida por M. HERNÁNDEZ RAMOS, «La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo y su aplicación en la Jurisprudencia del Tribunal constitucional. Luces y sombras de cuatro años de actividad», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2011, p. 5.

(52) *Vid.* en este sentido M. A. MONTAÑÉS PARDO, «La "especial trascendencia constitucional" como presupuesto del recurso de amparo», *Otrosí* núm. 1, enero, 2010, p. 32. M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid, 2009, p. 177.

de un marcado carácter abierto, deja un amplio margen al TC. Otros autores, por el contrario, consideran que la ley confiere una gran libertad al TC, en el sentido de que podría equiparase, si el Tribunal en algún momento así lo considera, a una implantación del *certiorari*.

Cuestión bien distinta es lo que el Tribunal esté haciendo con la reforma que, considero, sólo en apariencia ha apostado por un sistema de admisión, pero no de selección(53). En efecto, el hecho de que la STC 155/2009 haya establecido un catálogo de supuestos que determinan si un asunto tiene trascendencia constitucional no implica que, en realidad, el TC esté administrando también un *certiorari*, en la medida en que es prácticamente imposible conocer lo que el TC inadmite por considerar que carece de trascendencia constitucional. La necesaria publicación de las sentencias en el BOE puede permitir conocer cuál es la política de admisión, pero tal cometido resulta imposible en relación con lo que el Tribunal considera inadmisible. Tampoco ayuda a tener una aproximación al criterio mantenido por el TC el hecho de que los amparos se inadmitan mediante providencia inmotivada. El que pueda afirmarse que quizás se haya instalado un *certiorari* en la práctica del Tribunal no sería de extrañar, ya que, como han sostenido algunos autores, el TC venía operando de esta manera ya antes de la reforma de 2007 en relación con lo que accedía al Tribunal(54). No obstante, tal como ha señalado también J. L. REQUEJO PAGÉS, el concepto de «especial trascendencia constitucional» está «al alcance de todos, de cualquier ciudadano inteligente, y por ello es susceptible de crítica», de ahí que el Tribunal no puede utilizar el amplio margen de libertad que le confiere el término «especial trascendencia constitucional» para deshacerse «de aquéllos [amparos] que le pueden resultar incómodos. Eso no es *certiorari* tampoco. Eso es otra cosa»(55).

El hecho de que, quizás, el TC esté administrando de forma conjunta un *certiorari* y que a su vez esté tratando de implementar un sistema de admisión no descarta tampoco que aún puedan observarse en la jurisprudencia del TC atisbos importantes del viejo amparo anterior a la reforma de 2007. En efecto, un análisis detallado de la jurisprudencia nos permite volver a encontrarnos con el amparo antiguo, es decir, con un modelo de amparo de casos. Aunque quizás se me escape algún elemento que sí ha tomado en consideración el TC —que es en realidad el único que puede apreciar si un asunto reviste o no trascendencia constitucional—, no logro encontrar ésta en un número importante de sentencias de amparo: las SSTC 182/2011, 89/2011, 132/2011, 38/2011, 25/1012, 31/2012 y 95/2012, entre otras.

Hay que tener en cuenta que todas han sido dictadas por la Sala Segunda, por lo que podría concluirse que, quizás, no se trata tanto de casos aislados como de que hay dispari-

---

(53) *Vid.* en este sentido, J. Luis REQUEJO PAGÉS («Debate sobre las crónicas», *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, *cit.*, p. 514) para quien la reforma «podría llevar al *certiorari* o a cualquier otra cosa»

(54) *Vid.* en este sentido J. Luis REQUEJO PAGÉS (*El recurso de amparo constitucional, una propuesta de reforma*. Fundación Alternativas, Documentos Seminarios y Jornadas 11/2005), que en 2005 afirmó lo siguiente: «Para desconsuelo de sus críticos, he de decir que *certiorari* ya existe. El Tribunal admite lo que quiere porque todo lo que el TC inadmite por el 50.1c) (carencia manifiesta de contenido) no son más que desestimaciones anticipadas, de suerte que ese artículo opera como una válvula que le permite inadmitir lo que no le interesa». En contra de esta opinión, sin embargo, C. VIVER I PI-SUYER, «Diagnóstico para una reforma», *La reforma del recurso de amparo*, coord. P. PÉREZ TREMPS, Valencia, 2004, p. 38.

(55) «Debate sobre las crónicas», *La defensa de los derechos fundamentales…*, *cit.*, p. 515.

dad de criterios entre la Sala Primera y la Segunda a propósito de los criterios de admisión del nuevo modelo de amparo. Hay, además, algún dato adicional que apunta en este sentido y es que la Sala Segunda, aun ingresando un número de amparos similar a la Sala Primera, admite a trámite casi el doble(56). Naturalmente, se trata de una suposición, pues lo cierto es que aún no ha pasado el tiempo suficiente para hacer valoraciones definitivas al respecto. No obstante, conviene tener este dato muy en cuenta, pues sería del todo indeseable la convivencia en el propio seno del TC de políticas de admisión tan dispares.

La doctrina contenida en la STC 89/2011 versa sobre el derecho a la inmodificabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes y en ella, me parece, no se aclara o se añade nada a lo que ya había puesto de manifiesto la doctrina constitucional al respecto. Debido precisamente a una vulneración tan evidente del derecho, parece que el recurso responde más a un amparo *de casos* que a un modelo de amparo objetivado(57). Lo mismo hay que decir de la STC 38/2011. Debido a que constituye uno de los últimos coletazos de la STC 179/1994, en cuanto tiene por objeto el control de determinadas resoluciones judiciales que revisan la exigibilidad de determinadas cuotas camerales, no parece que tenga interés ni por el tipo de control que realiza el TC sobre la argumentación del tribunal *a quo* ni tampoco por que pueda dar lugar a un número importante de supuestos iguales. Por lo que se refiere a las dos restantes, el control que se ejerce por parte del TC es si la interpretación de la legalidad ordinaria referida a normas sustantivas no reguladoras de derechos fundamentales incurre en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. En ambas, el TC llega a la conclusión de que el órgano judicial incurrió en arbitrariedad al interpretar o aplicar al caso la legalidad. Por lo que se refiere a las tres dictadas en 2012, la STC 95/2012 no hace más que reiterar, sin aclarar nada nuevo, que se produce la vulneración del derecho a la libertad personal cuando la detención dura más del tiempo estrictamente necesario para realizar las diligencias tendentes a esclarecer los hechos y cuando el órgano judicial inadmite por razones de fondo el *habeas corpus*. Asimismo, las SSTC 31 y 25/2012 vienen referidas a vulneraciones de distintas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva que se limitan a aplicar al caso concreto una doctrina bien asentada y conocida por los operadores jurídicos.

Hay que señalar, no obstante, que el hecho de que existan de forma aislada algunas sentencias del TC que *no aportan nada* y a las que es difícil buscarles encaje en alguno de los supuestos enumerados en la STC 155/2009 no debe extrañarnos en exceso. En los ordenamientos que han apostado por un sistema de selección de casos, como el americano, en el que la práctica del *writ of certiorari* está firmemente asentada, no es tampoco inusual. Como apunta M. AHUMADA RUIZ es posible descubrir entre los casos decididos por el Tribunal Supremo americano algunos supuestos «extravagantes de puro "ordinarios": ni particularmente importantes, ni especialmente llamativos, ni peculiarmente adecuados

(56) Frente a los 27 admitidos por la Sala Primera en 2011, la Sala Segunda admitió 53 recursos de amparo.

(57) La Sala de lo Contencioso-Administrativo de un TSJ, a través de un auto de aclaración de sentencia, acuerda dejar sin efecto varios autos recaídos en otros procesos contencioso-administrativos en los que se acordó el desistimiento instado en su día por los recurrentes. Precisamente por tratarse de una vulneración tan palmaria y tan evidente, no logro averiguar las razones que llevaron al TC a su admisión a trámite. El hecho de que haya apelaciones a que el TSJ persiguió hacer justicia material en el caso concreto no me parecen convincentes, ya que el TC, en una doctrina reiteradísima, había llegado incluso a sostener que el juez no puede variar sus propias equivocaciones aun siendo consciente después de su emisión de la magnitud de su error.

para servir de vehículos para la formulación de doctrina»[58]. Cabe aún una tercera posibilidad, y es que el TC se haya reservado el control de la arbitrariedad siguiendo en este caso también la práctica del TCF alemán. Como ha apuntado P. HÄBERLE, «[C]onforme a la "teoría de la arbitrariedad", el Tribunal Constitucional Federal corrige también los fallos de los tribunales ordinarios en la interpretación del Derecho ordinario, formal y material, si la aplicación errada ya no es comprensible en una estimación sensata de la idea dominante en la Ley Fundamental y se impone por ello la conclusión de que esa aplicación se basa en consideraciones objetivamente ajenas a la Ley Fundamental (BVerGe 4,1, 7; 42, 64, 73 y ss., jurisprudencia constante)»[59]. No obstante, de ser así, no podríamos saber con certeza si la admisión a trámite de estos asuntos se asienta en la imperiosa necesidad de ir perfilando cada vez más qué debe entenderse por arbitrariedad, o en si el TC está reservándose, en todo caso, el control de todo aquello que podría considerarse arbitrario. De cualquier modo, y al margen de esto último, quizás pueda afirmarse que en la actualidad hay tres modalidades de amparo instaladas en el TC: un *certiorari* en la admisión —ya que es imposible conocer lo que el TC no admite—; un amparo de casos, en el que lo prioritario es la tutela subjetiva de los derechos en el supuesto concreto, en su Sala Segunda; y un amparo objetivado en la Sala Primera. Habrá que esperar un tiempo para constatar cuál de ellos se instala definitivamente en nuestro Tribunal Constitucional.

---

(58) Según M. AHUMADA («*Certiorari* y criterios de selección de casos en la última instancia: qué casos, cuántos casos», *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, *cit.*, p. 66) «[E]s posible que con la aceptación de estos casos el Tribunal esté simplemente confirmando el carácter "discrecional" (no reglado, no predecible) de la resolución del *certiorari*, aun a riesgo de provocar las críticas de quienes estiman que el valioso tiempo del Tribunal no debería emplearse en la decisión de apelación corrientes, a costa del sacrificio de otros de impacto mayor».

(59) «El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania», *El derecho de amparo en el mundo*, coords. H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR, México D.F., 2006, pp. 747-748. El gran jurista alemán señala los riesgos que entraña realizar este tipo de control, al afirmar: «En el fondo, recurre aquí el Tribunal Constitucional Federal a una competencia general de justicia, respecto de la cual ciertamente existe el peligro de que sean dejadas de lado los ámbitos de protección de cada derecho de libertad y de igualdad de la Ley Fundamental y las diferenciadas regulaciones de sus límites en la Ley Fundamental [respecto de cada uno de ellos]. En todo caso, el Tribunal Federal está aquí peligrosamente cerca de una decisión de revisión, por más "justo" que ello pueda ser en el caso particular».

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES: CONSIDERACIONES SOBRE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS

JESÚS DEL OLMO ALONSO

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

RESUMEN

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: consideraciones sobre los requisitos de admisibilidad de los recursos

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales constituye una vía eficaz y ágil de recurso ante un órgano especializado e independiente que ha permitido una mejora parcial del control de la legalidad en el ámbito de la contratación pública. En la mayoría de sus resoluciones están presentes problemas relacionados con la admisibilidad de los recursos. Este trabajo analiza y sistematiza la doctrina, ya consolidada, de este Tribunal sobre los requisitos de acceso al recurso especial en materia de contratación pública o a las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores especiales. En concreto se estudian los aspectos relacionados con los contratos y actos recurribles, la competencia del Tribunal, la legitimación para recurrir y los plazos para la interposición del recurso.

Palabras clave: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, admisibilidad, actos y contratos recurribles, competencia, legitimación, plazos.

ABSTRACT

The Administrative Court of Contract Appeals: remarks on the admission of appeals requirements

The Central Administrative Court of Contractual Appeals is an effective and agile road of appealing before a specialized and independent entity that has allowed a partial improvement in the control of the legality in the field of public procurement. In most of their resolutions there are some problems related to the admissibility of the appeals. This article analyzes and systematizes the already consolidated doctrine of the above-mentioned Court about the requirements to have access to the special appeal in terms of public procurement or to the claims in the proceeding of contracts awarding in special sectors. In particular it studies the aspects related to appealable contracts and acts, the competence of the Court, the legitimacy for appealing and the time limits to give notice of appeal.

Key words: Central Administrative Court of Contractual Appeals, admissibility, actionable acts and contracts, competence, legitimacy, time limits.

SUMARIO

1. EL RECURSO ESPECIAL Y LAS RECLAMACIONES ANTE EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS.
2. LOS ACTOS Y CONTRATOS RECURRIBLES.
3. SOBRE EL ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL RECURSO.
4. LA LEGITIMACIÓN.

5. PLAZO DE INTERPOSICIÓN.

6. CONCLUSIÓN.

1. EL RECURSO ESPECIAL Y LAS RECLAMACIONES ANTE EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

La Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, estableció que los Estados miembros debían adoptar las medidas necesarias para garantizar que las decisiones de las entidades adjudicadoras que infringiesen las normas comunitarias en materia de contratación pública pudieran ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible a través de un procedimiento accesible y urgente, en el que además se pudiesen adoptar inmediatamente las medidas provisionales necesarias para corregir la infracción o para impedir que se causasen otros perjuicios a los intereses afectados. Por su parte, la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, introdujo similares previsiones en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades operadoras en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Las citadas Directivas fueron modificadas[1] por la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, con vistas a mejorar la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, quedando así fijado en esta materia el marco comunitario aplicable a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, de 31 de marzo, con el fin de garantizar su aplicación efectiva.

Consecuencia de la nueva redacción dada por la Directiva 2007/66/CE, tras varias sentencias condenatorias contra el Reino de España[2] y una vez agotado el plazo para su transposición, las Cortes Generales aprobaron la Ley 34/2010, de 5 de agosto, la cual intro-

(1) Sobre las novedades introducidas por la Directiva 2007/66/CE puede verse TORNOS MAS, Joaquín; «Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones Públicas». Contratación Administrativa Práctica, núm. 59, 2006.

(2) Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 2003 (C-214, *Comisión contra España*) y de 3 de abril de 2008 (C-444, *Comisión contra España*). En relación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el recurso especial en materia de contratos públicos véase SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación pública*. En SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.) y DEL OLMO ALONSO, Jesús (Coord.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 95 a 101. En esta obra colectiva, que analiza el régimen jurídico de los contratos públicos en los países más importantes de la Unión, pueden consultarse los mecanismos de recurso existentes en cada Estado. También sobre el Derecho de la Unión Europea en materia de recursos contractuales pueden verse, entre otros muchos, MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3.ª ed., La Ley, Madrid, 2011, pp. 432 a 438. MORENO MOLINA, José Antonio, *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 53 a 90. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, «La normativa europea procesal de contratación pública y el sistema actual de recursos contractuales», *Documentación Administrativa*, núm. 288, 2010, pp. 43 y ss.

dujo una nueva regulación del recurso especial en materia de contratación, procediendo consecuentemente a modificar la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, e introduciendo las pertinentes adaptaciones en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa —artículos 10.1.k) y l), 11.1.f) y 19.4 de esta última—. Los preceptos de la Ley 30/2007 se encuentran en la actualidad en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

A la regulación del recurso especial en materia de contratación se refieren los artículos 40 a 49, 151.4, 156.3, Disposición Adicional Trigésima, y Disposiciones Transitorias 7.ª y 8.ª TRLCSP. Con carácter general podemos decir que estamos ante un recurso frente a ciertos actos relevantes (acuerdos de adjudicación, anuncios de licitación, pliegos y otros documentos que establezcan las condiciones de la contratación, actos de trámite cualificados adoptados en el procedimiento que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos) cuando se refieran a contratos sujetos a regulación armonizada, a contratos subvencionados del artículo 17, a contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II siempre que tengan un valor estimado igual o superior a 200.000 euros, o a contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros (IVA no incluido) y tengan un plazo de duración superior a cinco años.

Nos encontramos ante un recurso de carácter potestativo, permitiendo, por tanto, el legislador el recurso inmediato ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En la Administración del Estado —no tiene por qué serlo en las Comunidades Autónomas (art. 41.3 TRLCSP)— este procedimiento es sustitutivo de los recursos administrativos ordinarios y se lleva a cabo ante un órgano especializado, cuyos miembros tienen carácter independiente e inamovible. Al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se refiere el artículo 41 TRLCSP, el cual, además de regular su composición, le atribuye también el conocimiento de los recursos que susciten contra actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas, aunque no de los relativos a las Cortes Generales[3]. La Disposición Adicional Trigésima de la Ley permite, a medida que el incremento en el número de asuntos lo exija, la creación de una organización periférica, mediante la constitución de Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales autonómicas.

Cualquier interesado, en los plazos y en la forma prevista por el artículo 44, podrá interponer el recurso, que si es frente al acto de adjudicación implicará la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación (art. 45). Incluso antes de interponer el recurso, los legitimados para ello podrán solicitar del Tribunal la adopción de medidas provisionales dirigidas a corregir infracciones del procedimiento o a impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, pudiendo consistir en la suspensión

(3) Véase de la PEÑA RODRÍGUEZ, Luis, «El Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales». *Documentación Administrativa*, núm. 288, 2010, pp. 131 a 140.

del procedimiento de adjudicación del contrato. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos administrativos ordinarios donde las medidas provisionales son impugnables autónomamente[4], contra las resoluciones relativas a la solicitud de medidas provisionales no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra las que se dicten en el procedimiento principal (art. 43.2). Tampoco resulta aplicable, en virtud del art. 47.4 TRLCSP, la prolongación de las medidas provisionales según lo previsto en el art. 111.4 LRJ-PAC (Resolución del TACRC núm. 288/2012). El procedimiento se sustanciará respetando el principio de celeridad y contradicción. Una vez recibido el expediente y el informe del órgano de contratación, el Tribunal dará traslado del recurso a los demás interesados concediéndoles un plazo de cinco días para formular alegaciones y decidirá, si no lo hubiere hecho antes, sobre las medidas provisionales solicitadas y sobre la procedencia o no del mantenimiento de la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación cuando se recurra la adjudicación del contrato. Tras un periodo de prueba de diez días el órgano competente deberá resolver en los cinco días hábiles siguientes y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 47.2 TRLCSP. La resolución, además de la estimación total o parcial, la desestimación, o la inadmisión del recurso, habrá de acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación y del resto de medidas provisionales acordadas, con la devolución de las garantías para su constitución en los términos en que resulte procedente (art. 47.4). Podrá también imponer a la entidad contratante, si ello ha lugar, la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a los interesados que hayan resultado perjudicados por la infracción legal objeto del recurso y, cuando el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa de entre 1.000 y 15.000 euros. Hasta ahora el TACRC ha sido prudente en la aplicación de los artículos 47.5 TRLCSP y 106.5 de la Ley 31/2007, reguladora de los sectores especiales, ya que han sido muy pocos los supuestos[5], los más evidentes, en que ha sido impuesta esta multa, imaginamos que con el fin de no desincentivar la interposición de recursos. La falta de resolución expresa del recurso, si se produjere, provoca el sentido negativo del silencio, en aplicación del artículo 43.2 LRJ-PAC, al tratarse de un procedimiento de impugnación. La resolución será, en todo caso, recurrible en vía contencioso-administrativa[6] y será directamente ejecutiva —artículos 10.1.k) y l) y 11.1.f) de la ley jurisdiccional, 21.1 y 49 TRLCSP, y 108 de la Ley 31/2007)—.

Tengamos en cuenta que el art. 45 TRLCSP no prevé la suspensión automática del acuerdo de adjudicación sino una vez interpuesto el recurso, pero lo que sí impide es la formalización del contrato durante el plazo de interposición del recurso, que es de 15 días para la Administración del Estado y puede ampliarse hasta un mes por las Comunidades autóno-

---

(4) Entre otros véanse MARINA JALVO, Belén, *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 175 y ss.

(5) Entre ellos, pueden verse las Resoluciones del TACRC números 246/2012, 106/2012, 83/2012, 59/2012 y 321/2011.

(6) Como se constata en la Memoria de Actividades del año 2011 del TACRC (pp. 11 y 15), que podemos encontrar en la web del Tribunal, el 91% de sus resoluciones son aceptadas por las partes, habiéndose recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa sólo 32 de las 347 que se dictaron en el ejercicio 2011. Algunos de esos recursos ya han sido resueltos por la Audiencia Nacional.

mas (art. 156.3 TRLCSP)[7]. Con ello se pretende dificultar por un breve periodo de tiempo que el contrato se formalice antes de que los interesados puedan impugnar la adjudicación, salvo si, finalmente, el órgano competente para resolver el recurso levanta anticipadamente la medida automática de suspensión del acto de adjudicación[8]. El cómputo de 15 días hábiles previsto por el artículo 156.3 empieza a contar desde que se remita la notificación de la adjudicación a licitadores y candidatos y no desde que se produzca la recepción de la notificación. Ello, a mi entender, deriva de la transposición de la Directiva 2007/66/CE[9] y de la preferencia por el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos que establece el punto 3 de la Disposición Adicional 16.ª TRLCSP[10]. Estos medios permiten la recepción prácticamente simultánea de la notificación, y por ello aseguran la coincidencia del plazo de 15 días para la formalización con el de interposición del recurso especial, evitando las demoras que puedan producirse por las garantías previstas en el procedimiento normal de notificación a que se refieren los artículos 58 y 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC)[11]. No

---

(7) Véase al respecto la Recomendación de 1 de marzo de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a los órganos de contratación, sobre la interpretación del régimen contenido en la Disposición Transitoria 7.ª, norma d) del TRLCSP (BOE de 10 de abril).

(8) Consecuentemente, los artículos 37.1 TRLCSP y 109.1 de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales establecen como supuestos de nulidad contractual la formalización del contrato sin respetar el plazo de 15 días, si el licitador no ha podido interponer el recurso o reclamación y se infringen las reglas sobre la adjudicación de los contratos, o la formalización del contrato desconociendo la suspensión automática del acto de adjudicación cuando se haya interpuesto el recurso especial o la reclamación en materia de contratación, salvo que el órgano competente levante la suspensión del acto recurrido.

(9) El artículo 2 bis de la Directiva 89/665/CEE, en la redacción dada por la Directiva 2007/66/CE, que se reitera en términos similares en el artículo 2 bis de la Directiva 92/13/CEE, establece:

«Artículo 2 bis. Plazo suspensivo.—1. Los Estados miembros velarán por que las personas contempladas en el artículo 1, apartado 3, dispongan de plazos suficientes para interponer recursos eficaces contra las decisiones de adjudicación de contratos adoptadas por los poderes adjudicadores…

2. En el caso de los contratos regulados por la Directiva 2004/18/CE, la celebración del contrato consecutiva a la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que *se haya remitido*, por fax o por medios electrónicos, la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquél en que *se haya remitido* la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, *o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de la recepción de la decisión de adjudicación del contrato*».

Por ello, el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, de 29 de abril de 2010, entiende que debe hablarse de remisión.

(10) También el párrafo último del artículo 151.4 TRLCSP, al referirse a la notificación de la adjudicación, dispone: «La notificación se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario. En particular, podrá efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al presentar sus proposiciones, en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos».

(11) Sin embargo, tal y como parece indicar la propia Disposición Adicional 16.ª TRLCSP en su punto 4, referido a las notificaciones en recursos o reclamaciones, cuando no se puedan utilizar mecanismos de comunicación que permitan acceder al contenido de la notificación prácticamente en el momento de su remisión, deberá utilizarse el mecanismo de notificación habitual de la LRJ-PAC. El propio artículo 151.4 TRLCSP permite la utilización de cualquier medio que permita dejar constancia de su recepción por el destinatario y establece un plazo de cinco días para considerar rechazada la notificación con los efectos previstos en el art. 59.4 LRJ-PAC. La Disposición Adicional 15.ª 1 TRLCSP comienza diciendo que «las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en esta

obstante, aunque poco frecuente[12], puede darse algún caso en que, en la Administración del Estado y por problemas en la notificación (incluso electrónica), ésta no se haya aún practicado al vencer el plazo de quince días en que se impide la formalización del contrato. Ello provocaría, bien que el contrato pudiera formalizarse y hubiese concluido el plazo para interponer el recurso especial[13], en cuyo caso tampoco procedería la acción de nulidad conforme al artículo 37.3 TRLCSP, bien —si se considerase de aplicación a estos supuestos lo previsto en los artículos 59 LRJ-PAC y 28.2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos— que el plazo de interposición del recurso estuviera abierto y, sin embargo, el contrato ya se hubiese podido formalizar. Por eso, y si se tiene en cuenta que la mayoría de las comunicaciones van a ser automáticas y que, por tanto, el momento de la remisión va a coincidir con el de la recepción, en mi opinión convendría sustituir el término «remita» por «reciba». Caso contrario, sobre todo si se entendiera que el plazo para interponer el recurso especial ha transcurrido, se estaría atentando contra el principio de seguridad jurídica y contra el espíritu de las Directivas en materia de recursos, cuyo objetivo es que los interesados puedan acudir a un procedimiento de recurso ágil y eficaz ante un órgano especializado e independiente y que, para evitar perjuicios derivados de un contrato formalizado cuya adjudicación luego es anulada, dicha formalización no se lleve a cabo hasta que los interesados hayan renunciado a recurrir la adjudicación del contrato[14].

Los artículos 101 a 108 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se refieren a las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos[15], cuya interposición es obligatoria para poder acudir a la vía contencioso-administrativa. Su regulación recoge algunas singularidades respecto a la del recurso especial, aunque mantiene las reglas más significativas de éste. Así, el artículo 103 contempla la solicitud de medidas provisionales que se podrán solicitar antes de la interposición de la reclamación. También el artículo 104 contempla el anuncio previo de la reclamación a la entidad contratante y dispone

---

Ley podrán hacerse, de acuerdo con lo que establezcan los órganos de contratación o los órganos a los que corresponda su resolución, por *correo*, por telefax, o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos».

(12) Pero ya ha llegado algún caso de práctica de notificación por correo a la Audiencia Nacional (SAN de 18 de octubre de 2012, recurso 181/2011).

(13) Esta es la interpretación mantenida por el TACRC y por algunos Tribunales autonómicos, como veremos en el punto 5.

(14) Recordemos que el artículo 2.3 de la Directiva 89/665/CEE, en la redacción dada por la Directiva 2007/66/CE, que se reitera en términos similares en el artículo 2.3 de la Directiva 92/13/CEE, establece: «Cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso». Ya hemos visto, asimismo, como los artículos 2 bis de la Directiva 89/665/CEE y 2 bis de la Directiva 92/13/CEE, establecen que, en los supuestos de notificación por mecanismos no automáticos, la celebración del contrato consecutiva a la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo de al menos «quince días civiles a partir del día siguiente a aquél en que *se haya remitido* la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, *o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de la recepción de la decisión de adjudicación del contrato*».

(15) Al respecto véase GIMENO FELIÚ, José María, «El sistema de reclamaciones previsto en la Ley 31/2007, de 30 de octubre». *Noticias de la Unión Europea*, núm. 301, 2010, pp. 47 a 57.

que el plazo para interponer la reclamación es de 15 días, aunque el escrito de interposición deberá presentarse necesariamente en el registro del órgano competente para su resolución. También el artículo 104.6 recoge la suspensión automática de la tramitación del expediente cuando se recurre el acto de adjudicación, no pudiendo, como antes hemos dicho, formalizarse el contrato hasta que ésta sea levantada, lo que habrá de hacerse necesariamente al resolver la reclamación (art. 106.4). Al igual que dispone el artículo 46.5 TRLCSP, el órgano competente para resolver deberá garantizar, en todo caso, la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación (art. 105.5 de la Ley 31/2007)(16).

Ahora bien, el objetivo de este trabajo no es analizar el régimen jurídico del recurso especial en materia de contratación, lo que ya ha sido suficientemente tratado por la doctrina(17). Lo que pretendemos es, dado que ya existe al respecto una experiencia importante de más de dos años, analizar el tratamiento de las cuestiones de admisibilidad en la doctrina del TACRC. Para ello, siguiendo el buscador de la Web del Tribunal(18), hemos seleccionado las resoluciones que a nuestro juicio son de mayor interés y que llegan, en el momento de escribir estas líneas, hasta la Resolución 46/2013, de 30 de enero. Por obvias razones de espacio no analizaremos las Resoluciones de Tribunales autonómicos, algunas de las cuales son acogidas por el Tribunal central. A continuación haremos un comentario de los aspectos más significativos distinguiendo entre las que se refieren a los actos y contratos recurribles, las relativas al órgano competente para conocer del recurso, las que versan sobre la legitimación, y las que tratan problemas relacionados con la interposición del recurso, entre los que destacan los relativos al cómputo del plazo.

---

(16) Pueden verse al respecto las páginas 121 a 124 del trabajo del Prof. BASSOLS COMA «La confidencialidad en la resolución del recurso especial en materia de contratación en el sector de la defensa y la seguridad pública y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales», *Documentación Administrativa*, núm. 288, 2010.

(17) Véanse, entre los trabajos más significativos, los siguientes: el número 288 (2010) de la revista *Documentación Administrativa* monográfico sobre *Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales: central y autonómicos*, coordinado por el Prof. Martín BASSOLS COMA. MORENO MOLINA, José Antonio, *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos, op. cit.* «La Ley 34/2010 y la adaptación en España del Derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010. MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco; *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático, op. cit.,* pp. 440 a 482. PULIDO QUECEDO, Manuel, *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel y FERNÁNDEZ GARCÍA, Amaya, «El recurso especial en materia de contratación regulado en la Ley 34/2010, de 5 de agosto, actualmente incluida en la Ley 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP)», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 315-316, 2011, pp. 143 a 178. DÍEZ SASTRE, Silvia, «El recurso especial en materia de contratación pública», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011, pp. 163 a 192. BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, «Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes de contratación pública en materia de recursos, y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Justicia Administrativa*, núm. 50, pp. 25 a 45. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, José Antonio, «El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010. PÉREZ ROLDÁN, Margarita, «El recurso administrativo especial en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 15, 2008, pp. 49 a 90.

(18) <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC>. Véase en dicha página la Memoria de Actividades del año 2011.

2. LOS ACTOS Y CONTRATOS RECURRIBLES

Como dijimos al principio, el recurso administrativo especial en materia de contratación sólo se aplica en relación con los **contratos** sujetos a regulación armonizada[19], incluidos los subvencionados, así como a ciertos contratos de servicios de cuantía igual o superior a 200.000 euros y a los contratos de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y su duración superior a cinco años (art. 40 TRLCSP)[20]. Ello significa, como ha puesto de manifiesto la doctrina[21], que de su ámbito de aplicación han quedado fuera la mayoría de los contratos públicos realizados en la práctica, procediendo entonces los recursos administrativos previstos en la LRJ-PAC o el recurso contencioso-administrativo (art. 40.5 TRLCSP)[22]. Ello implica, como ha puesto de manifiesto SÁNCHEZ MORÓN, que «un control eficaz y completo de la contratación pública sólo tendrá lugar en la medida en que los Jueces ejerzan con decisión sus facultades de revisión y, muy especialmente, adopten las medidas cautelares pertinentes, a falta de las cuales la anulación de la inmensa mayoría de los actos de contratación tiene efectos puramente teóricos»[23].

Quedan excluidos también del ámbito de aplicación del recurso especial los contratos que figuran dentro del ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa y que no se consideran contratos sujetos a regulación armonizada. La delimitación de los contratos a los que resulta aplicable esta excepción se realiza a través de la Instrucción núm. 375/2000, de 20 de diciembre, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se modifica la Instrucción número 61/1991, de 31 de julio (Resolución 63/2012)[24]. Tampoco serán recurribles, de acuerdo con el artículo 40.1 TRLCSP, los contratos que no sean concertados por Administraciones Públicas o entidades que ostenten la condición de poder adjudicador (Resolución 40/2011).

En relación con los contratos de gestión de servicios públicos, el artículo 40.1.c) exige dos condiciones que según el TACRC son acumulativas: el presupuesto de gastos de pri-

---

(19) Por ejemplo, la Resolución del TACRC núm. 162/2012 inadmite el recurso frente a la exclusión de una UTE por no tratarse de un contrato de obra sujeto a regulación armonizada, ya que no alcanzaba un valor estimado igual o superior a 5.000.000 de euros, al quedarse *sólo* en 4.979.189,63 euros.

(20) Aunque la inmensa mayoría de expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, ya han concluido, debemos recordar que la Disposición Transitoria 8.ª TRLCSP establece que en estos casos podrá interponerse el recurso especial previsto en los artículos 40 a 49 TRLCSP contra actos susceptibles de este tipo de recurso, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.

(21) MORENO MOLINA, José Antonio, «La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos», *op. cit.,* pp. 173 y ss. PULIDO QUECEDO, Manuel, «El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales», *op. cit.,* pp. 81 y 82. Véanse también los dictámenes del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo, y 499/2010, de 29 de abril.

(22) En diversas resoluciones en que el recurso se plantea incorrectamente frente a contratos que no son susceptibles de recurso especial, el TACRC, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 110.2 LRJ-PAC, procede a remitir el escrito de recurso al órgano de contratación con el fin de que determine si procede admitir su tramitación como recurso administrativo (Resoluciones núm. 12/2013, 162/2012, 99/2012, 98/2012, 63/2012 y 42/2012).

(23) En *Derecho Administrativo. Parte General*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 623.

(24) Véase al respecto BASSOLS COMA, «La confidencialidad en la resolución del recurso especial en materia de contratación en el sector de la defensa y la seguridad pública y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales», *op. cit.,* pp. 99 a 117.

mer establecimiento superior a 500.000 euros (IVA no incluido) y un plazo de duración superior a cinco años. En relación con este segundo requisito, el Tribunal ha efectuado una importante aclaración en su Resolución núm. 43/2013[25], teniendo en cuenta la doctrina contradictoria de los Tribunales Autonómicos. Así, mientras el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ha sostenido en su Acuerdo 20/2011 que el plazo de duración superior a cinco años debe estar referido únicamente al plazo de ejecución inicialmente previsto, con exclusión de las eventuales prórrogas, las Resoluciones 28/2012 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y 80/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía entienden que deben entenderse comprendidas en dicho plazo las eventuales prórrogas del contrato. El TACRC comparte esta segunda opinión, realizando una interpretación extensiva del ámbito de aplicación previsto en el art. 40 TRLCSP, entre otras razones, por guardar cierta coherencia con otras previsiones de la Ley, como la contenida en el artículo 88 TRLCSP que establece que para calcular el valor estimado de los contratos deben tenerse en cuenta «las eventuales prórrogas del contrato», y con el fin de evitar que los órganos de contratación excluyan, por la vía de fijar un plazo inicial inferior, numerosos contratos del acceso a este recurso especial.

En todo caso, el Tribunal puede comprobar si la calificación del contrato se corresponde con lo establecido en el TRLCSP, ponderando si su calificación es o no correcta con independencia del *nomen iuris* empleado por el órgano de contratación, pues de ello dependerá la admisión del recurso (Resoluciones núm. 284/2012 y 265/2012, donde se analiza la distinción entre el contrato de servicios y el de concesión de servicio público caracterizado por la asunción del riesgo por parte del concesionario, Resolución núm. 76/2012, donde se inadmite el recurso contra la convocatoria de una concesión demanial, o Resoluciones núm. 18/2013 y 192/2011 sobre un contrato administrativo de cafetería). Como ya señaló el Tribunal en la Resolución núm. 154/2011, la razón que fundamenta esta potestad se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial. La posibilidad de recurrir a través de esta vía viene impuesta por las normas de la Directiva 89/665/CEE en la redacción dada por la 2007/66/CE. De acuerdo a lo anterior, «aceptar la calificación que realice el órgano de contratación en el pliego y considerar, por ello, que el contrato está excluido de la posibilidad de recurrir los actos preparatorios y del procedimiento de adjudicación que a él se refieren, podría constituir una infracción de la Directiva mencionada». Igualmente en distintas resoluciones el TACRC ha procedido a examinar la dimensión objetiva del contrato para determinar si el contrato queda o no fuera de la competencia del tribunal. Por tanto, el Tribunal ha de examinar, si tiene dudas, qué tipo de contrato es en atención a su objeto y cuantía, comprobando que se entiende concertado por una Administración Pública o por una entidad que ostente la condición de poder adjudicador (Resoluciones núm. 288/2012 y 36/2011).

Podrán ser objeto del recurso los **actos** a los que se refiere el art. 40.2 TRLCSP:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

(25) Por error aparece como Resolución 43/2012, de 23 de enero de 2013.

b) Los actos de trámite que podemos llamar cualificados, es decir, los adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores[26]. Los restantes defectos de tramitación que se puedan producir, sólo podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación (párrafo 3 del artículo 40).

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

No serán, sin embargo, susceptibles de recurso especial en materia de contratación los procedimientos de adjudicación que se sigan por el procedimiento de emergencia (art. 40.4) ni los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación. Tampoco, como es lógico, aquellos casos en que desaparezca el objeto del recurso por desistir el órgano de contratación del procedimiento de adjudicación (Resolución núm. 292/2011).Veamos ahora cuál es la posición del TACRC en relación con lo que acabamos de exponer. Lo primero que debe decirse es que el TACRC permite dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: el recurso contra el acto de trámite cualificado (el acto de la Mesa de Contratación que acuerda la exclusión de licitadores), que podrá interponerse a partir del día siguiente a aquél en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción, o el recurso contra el acto de adjudicación (que se interpondrá en los quince días hábiles siguientes a aquél en que se haya notificado la adjudicación). Pues bien, según ha declarado reiteradamente el Tribunal, se trata de dos posibilidades que no son acumulativas o alternativas, sino que tienen carácter subsidiario, de forma que en el supuesto en que la mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión del procedimiento y este no tenga conocimiento de la infracción por otros medios acreditados, podrá éste impugnarla en el recurso que interponga frente al acto de adjudicación (Resoluciones núm. 16/2013, 15/2013, 79/2012, 52/2012, 47/2012 y 274/2011)[27].

---

(26) Por ejemplo, por no constituir la garantía provisional por importe suficiente, aunque el TACRC inadmite la reclamación porque «si bien es cierto que la tendencia generalizada que marcan tanto la jurisprudencia como los dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y que este Tribunal comparte, se dirige hacia la flexibilización de los requisitos formales exigidos en la presentación de la documentación administrativa, no es menos cierto que no todo error en la documentación administrativa es subsanable, incluyéndose dentro de los trámites insubsanables a juicio de este Tribunal el aquí citado, la constitución de la garantía provisional por un importe insuficiente» (Resolución núm. 270/2011).

(27) En la Resolución núm. 172/2012 —por error, la Resolución aparece como Resolución 172/2011, dictada en recurso 142/2012— se plantea un supuesto en que la exclusión del procedimiento de licitación y la adjudicación del lote al que licitaba la recurrente se realiza simultáneamente, por lo que el recurso se realiza tanto frente al acto de exclusión de la licitación como frente a la adjudicación realizada. Dada la íntima conexión existente entre ambas pretensiones, el Tribunal las acumula conforme a lo dispuesto en el art. 73 LRJ-PAC, si bien precisa que se trata de una

No pueden interponerse recursos cuyo objeto haya sido ya resuelto por una Resolución anterior del propio Tribunal, pues irán referidos a lo que «con cierta impropiedad para un tribunal administrativo» se entiende como «cosa juzgada» (Resolución núm. 275/2012)[28]. No se puede así impugnar los actos del órgano de contratación dictados al amparo del segundo inciso del art. 47.2 TRLCSP[29], como consecuencia de la estimación de un recurso por el TACRC, siempre que éstos se ajusten al contenido de la resolución inicial (Resoluciones núm. 196/2012, 195/2012 y 227/2011). Como acabamos de ver en el párrafo anterior, tampoco se puede recurrir la adjudicación definitiva, cuando se ha recurrido la provisional, aunque el recurrente no tuviera conocimiento cuando interpuso el recurso de la resolución dictada por el Tribunal en relación con el primero (Resoluciones núm. 111/2011 y 109/2011). Cuando el objeto real del recurso acabe siendo una resolución anterior del Tribunal, que tiene el carácter de acto definitivo, éste deberá inadmitirse, pues no nos encontramos ante ninguno de los actos a los que se refiere el art. 40.2 TRLCSP y, de acuerdo al art. 49 TRLCSP, contra la resolución dictada en el procedimiento especial en materia de contratación, sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (Resoluciones núm. 196/2012, 195/2012, 108/2012[30]). En los recursos que tengan por objeto la impugnación de los pliegos, no puede plantearse como motivo del recurso la cuestión relativa a la competencia del órgano de contratación para acometer la licitación impugnada, pues ello no tiene relación alguna con los pliegos ni con el resto de documentos que establecen las condiciones que han de regir la licitación, ni tampoco se encuentra en la enumeración de actos recurribles que establece el art. 40.2 TRLCSP (Resolución núm. 134/2012).

En relación con los actos de trámite cualificados[31], el Tribunal ha realizado un análisis conjunto del art. 40.2.b) TRLCSP y del art. 107 LRJ-PAC, del que el primero trae causa. Según el TACRC, sólo los interesados respecto de los cuales pudiera resultar perjudicado el ejercicio de sus derechos o la defensa de sus intereses legítimos como consecuencia del acto de trámite en cuestión podrán recurrir aquellos actos de trámite que les perjudiquen de forma directa, lo que incluye a aquellos licitadores que hayan resultado excluidos del procedimiento por un acto de trámite, que de no existir esta posibilidad de recurso quedarían privados de la posibilidad de defensa de sus derechos e intereses legítimos —hay

---

«acumulación condicional», ya que la pretensión de anulación de la adjudicación realizada sólo podrá estimarse en el caso de que se anule previamente la exclusión del procedimiento de licitación.

(28) Lógicamente, tampoco podrá recurrirse cualquier acto resolutorio, expreso o presunto, de otro recurso administrativo en materia de contratación de cualquier otro Tribunal u órgano, como sucede con los resueltos por los órganos de contratación de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 34/2010 (actual Disposición Transitoria 7.ª TRLCSP), frente a los que sólo podrá acudirse a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa —Resoluciones núm. 226/2012, 209/2012, 202/2012 y 180/2012—.

(29) «Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151».

(30) Por error, aparece como Resolución núm. 108/2011, en recurso 84/2012. La Resolución 108/2012 añade: «Numerosas sentencias avalan esta forma de proceder que persigue que no se decida en un proceso o punto litigioso de manera distinta o contraria a como ya ha sido resuelto en otro proceso precedente. Y este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia, cabiendo citar al respecto las resoluciones 64, 111, 197 y 280, todas ellas de 2011».

(31) Véase al respecto GARCÍA OTERO, Miguel Ángel, «Análisis de la "jurisprudencia" del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 117, 2012, pp. 42 a 44.

que decir que prácticamente todas las resoluciones sobre actos de trámites cualificados se refieren a la exclusión de licitadores—. *A sensu contrario*, aquellos actos de trámite que no perjudiquen de forma directa el derecho de un licitador no podrán ser recurridos por éste, como sucede, por ejemplo, con los actos de admisión de otro licitador, pues ello no prejuzga el contenido de la adjudicación y, además, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre los restantes licitadores podrán recurrir el acto de adjudicación (Resoluciones núm. 15/2012, 68/2011 y 59/2011).

Consecuencia de lo anterior, no son actos de trámite susceptibles de recurso especial o de reclamación los siguientes:

— El acto de la mesa de contratación de admisión de las ofertas presentadas (Resoluciones núm. 238/2011, 215/2011, 59/2011 y 32/2011). La Resolución núm. 26/2013 entiende que «la declaración de los licitadores admitidos y excluidos de la licitación por la existencia de defectos insubsanables o no subsanados en la documentación administrativa, y la apertura las ofertas económicas no es un acto de trámite cualificado, y por tanto no es susceptible de recurso conforme al artículo 40, 2.b) y 3 del TRLCSP».

— La propuesta de adjudicación es un mero acto de trámite, no una resolución definitiva, pues no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto de acuerdo a lo establecido por el art. 160.2 TRLCSP. Será con ocasión de la impugnación de la adjudicación realizada cuando puedan realizarse las alegaciones pertinentes (Resoluciones núm. 199/2012 y 22/2012).

— El acto en el que se determina la puntuación aplicable a una determinada oferta técnica (Resoluciones núm. 32/2013, 199/2012, 178/2011 y 147/2011). El Tribunal considera que dicho acto no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento (pues la oferta del recurrente aún no ha sido definitivamente descartada) y no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos (porque el recurrente aún podría recurrir contra la adjudicación). Esta argumentación se aplica también al acto de apertura de sobres y valoración de las ofertas, que es un mero acto de trámite, que coadyuva a la determinación del adjudicatario, pero que no decide por sí mismo esa adjudicación, ni determina la exclusión de ningún licitador (Resolución núm. 255/2011).

— La petición de informes o estudios técnicos que, al tener que ser luego objeto de valoración por el órgano de contratación, no deciden ni directa ni indirectamente la adjudicación, ni determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (Resolución núm. 114/2012). Podrá, ulteriormente, interponerse recurso contra los acuerdos que, basándose en la valoración de dichos informes, se adopten en relación con la eventual exclusión de licitadores o adjudicación del contrato.

— En relación con los actos de adjudicación provisional que se dictaron con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, la conclusión alcanzada tanto por el TACRC (Resoluciones núm. 57/2011, 37/2011 y 2/2010 a 13/2010) como por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 45/2010, de

28 de septiembre), fue que el acto de adjudicación provisional no era susceptible de recurso especial, siéndolo sólo la adjudicación definitiva, pues el Tribunal entendió que no estábamos ante los supuestos que hoy regula el art. 40.2.b) TRLCSP.

Sí considera el Tribunal que es un acto de trámite cualificado y, en consecuencia, puede ser objeto de recurso el acto de desistimiento del procedimiento para la contratación realizado al amparo del art. 155.4 TRLCSP por advertir la existencia de un error en la fórmula matemática de valoración de ofertas económicas consignada en el pliego de condiciones generales. El Tribunal en su Resolución núm. 2/2012 estima el recurso por no considerar que concurra en el caso el presupuesto contemplado en el citado art. 155.4 y ordena la retroacción de actuaciones al momento en que se acordó el desistimiento. En cambio, aunque admite el recurso, por Resolución núm. 263/2012 lo desestima al entender que las irregularidades en la preparación del contrato constituyen infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato y por ello justifican el desistimiento acordado al amparo del art. 155.4.

3. SOBRE EL ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL RECURSO

El TACRC es el órgano competente para conocer en el ámbito de la Administración del Estado los recursos y reclamaciones a las que nos venimos refiriendo (arts. 41.1 TRLCSP y 101.1 de la Ley 31/2007). En el ámbito de las Comunidades Autónomas serán sus normas respectivas las que fijen cuál ha de ser el órgano competente, debiendo crear en este caso un órgano independiente y especializado(32). El TACRC ha de declararse incompetente e inadmitir el recurso cuando se presenta frente a un acto que debe ser controlado por un órgano autonómico (Resolución núm. 103/2011, ya que la Comunidad Autónoma del País Vasco ya tenía su propio órgano). Podrán, asimismo, las normas autonómicas atribuir la competencia para la resolución de los recursos al TACRC mediante el oportuno convenio en el que se fijarán las condiciones económicas(33). Igual podrán

(32) Al respecto puede verse, entre otros, BERNAL BLAY, Miguel Ángel, «Aspectos orgánicos del recurso especial en materia de contratación pública en las Comunidades Autónomas», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 26, 2011, pp. 14 a 25. Los órganos independientes creados por las Comunidades Autónomas son:

— Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. <http://www.madrid.org>.
— Tribunal Administrivo de Contratos Públicos de Aragón. <http://www.aragon.es/TribunalAdministrativo2>.
— Órgano Administrativo de Recursos contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (las Diputaciones Forales también han creado Tribunales).
— Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. <http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/contratacion/tribunal_adm/tribunal.htm>.
— Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Castilla y León. <http://www.cccyl.es/tribunal/presentacion.html>.
— Junta de Contratación Pública de la Comunidad Foral de Navarra. <http://www.navarra.es/home_es/Servicios/Portal+contrataciones/Utilidades/Informacion/Resoluciones>.
— Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña.

(33) Convenio que debe ser considerado como una encomienda de gestión del art. 15 LRJ-PAC, según el Presidente del TACRC. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, Juan José, «El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales», *Documentación Administrativa*, núm. 288, 2010, pp. 39 y 40.

hacer las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (art. 41.3)[34]. La competencia para resolver los recursos en el ámbito local corresponderá al órgano que los deba resolver a nivel autonómico, salvo cuando las normas de las Comunidades Autónomas que tengan competencias normativas y de ejecución en materia de régimen local y de contratación pública establezca otro distinto (art. 41.4). Los artículos 41.5 y 6 TRLCSP y 101.2 y 3 de la Ley 31/2007 completan estas reglas de atribución de la competencia en otros supuestos como los de poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública o los de los contratos subvencionados.

En relación con las comunidades Autónomas que no establezcan su propio órgano independiente y especializado ni suscriban el oportuno convenio de atribución de competencias al TACRC, la Disposición Transitoria 7.ª TRLCSP[35] establece un régimen supletorio, en el que la competencia para resolver los recursos frente a los actos recurribles mencionados en el artículo 40 continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieren atribuida con anterioridad, los cuales deberán tramitar el recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 a 48 TRLCSP, y sus resoluciones serán recurribles en vía contencioso-administrativa[36]. Por esa razón, algunas resoluciones del TACRC inadmiten los recursos por incompetencia del Tribunal (Resoluciones núm. 271/2011, órgano de contratación de la Región de Murcia, 305/2012 y 250/2011, órgano de contratación de la Comunidad Autónoma de Canarias, y 61/2011, órgano de contratación de la Diputación de Cádiz). La Resolución núm. 36/2011, referida a Castilla y León cuando no tenía aún su propio órgano, concluye, además, que la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 34/2010 —actual Disposición Transitoria 7.ª TRLCSP— es plenamente acorde con la Directiva 2007/66/CE.

Conviene, en todo caso, poner de relieve que la función que el TACRC desempeña en el enjuiciamiento de los recursos y de las reclamaciones que conoce es, exclusivamente, una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o de anulabilidad (Resoluciones del TACRC núm. 20/2013, 288/2012, 189/2012, 179/2012 y 62/2012). En el supuesto de apreciarse la existencia de tales vicios, el Tribunal procederá a anular el acto o actos, ordenando que se repongan las actuaciones al momento anterior a aquél en que el vicio se produjo, pero sin que en ningún caso pueda sustituir al órgano de contratación, al que corresponde dictar el acto de adjudicación, de

(34) En estos momentos, las Administraciones que han suscrito convenios de atribución de competencias al TACRC para la resolución de recursos contractuales son la Ciudad Autónoma de Melilla y las Comunidades Autónomas de Extremadura, La Rioja, Castilla-La Mancha, Región de Murcia, Cantabria e Islas Baleares. En ejecución de esos convenios pueden verse, entre otras, las Resoluciones núm. 44/2013, 43/2013, 26/2013, 20/2013, 17/2013, 9/2013, 284/2012, 265/2012 y 221/2012 (C.A. de Extremadura), 19/2013, 5/2013 y 4/2013 (C.A. de Castilla-La Mancha), 23/2013 (C.A. de Cantabria), 31/2013 (C.A. de La Rioja), 33/2013 (C.A. de las Illes Balears), 36/2013, 10/2013 y 302/2012 (Región de Murcia), y 28/213 (Ciudad A. de Melilla).

(35) Disposición que trae causa de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010. Al encontrarnos ante un supuesto de incorporación al Derecho interno de la normativa comunitaria, el Estado puede legislar con carácter supletorio sobre materias de competencia autonómica.

(36) Cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias o cuando, siéndolo, hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de estas. A este respecto, como ya hemos dicho, consúltese la Recomendación de 1 de marzo de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a los órganos de contratación, sobre la interpretación del régimen contenido en la Disposición Transitoria 7.ª, norma d), del TRLCSP (BOE de 10 de abril).

acuerdo con lo que dispone el segundo inciso del artículo 47.2 TRLCSP. Por tanto, si en algún momento el TACRC ordenase la adjudicación de un contrato a favor de alguno de los recurrentes, dicha adjudicación sería nula de pleno derecho por incompetencia material en virtud de los artículos 62.1.b) LRJ-PAC y 32.a) TRLCSP.

4. LA LEGITIMACIÓN

Legitimados para interponer el recurso están los licitadores y todas aquellas personas físicas o jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso (art. 42 TRLCSP y art. 102 de la Ley 31/2007)[37]. Es decir, la legitimación para recurrir se configura en términos muy amplios, disponiéndose que los procedimientos de recurso han de ser «accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción» (art. 1.3 de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en la redacción dada por la Directiva 2007/66/CE). Eso sí, en el caso de personas jurídicas, la falta de acreditación del compareciente como su representante legal determina la inadmisión del recurso por falta de legitimación, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 104.4.a) TRLCSP y 32.3 LRJ-PAC (Resolución núm. 268/2011).

En muchas resoluciones (valga por todas la Resolución núm. 288/2012), el TACRC comienza repasando la doctrina jurisprudencial acerca del concepto de interés legítimo[38]. El criterio del legislador, tanto en la LRJ-PAC como en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa[39], es considerar el presupuesto de legitimación con carácter amplio. En este sentido el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han precisado en sus sentencias el concepto de interés legítimo. Las SSTS de 18 de julio de 2012 (recurso 2601/2011) y de 13 de marzo de 2012 (recurso 6646/2010) reiteran lo dispuesto por la STC 52/2007, de 12 de marzo, que recuerda que «el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positi-

(37) Sobre la legitimación para actuar ante el TACRC y el concepto de interés legítimo en el ámbito de la contratación pública pueden verse, entre otros, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel y FERNÁNDEZ GARCÍA, Amaya, «El recurso especial en materia de contratación regulado en la Ley 34/2010, de 5 de agosto…», *op. cit.,* pp. 146 a 155. DÍEZ SASTRE, Silvia, «El recurso especial en materia de contratación pública», *op. cit.,* pp. 140 a 145.

(38) En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha manifestado, con cita de la STS de 14 de octubre de 2003, que, para la acreditación del interés legítimo, respecto de alegaciones relativas a la vulneración de los principios de la contratación pública, «se encontrarían legitimados los licitadores y aspirantes a serlo o colectivos que les agrupen o representen, únicamente. Lo contrario equivaldría a establecer una suerte de acción pública en relación con la contratación administrativa en salvaguarda de los principios que la presiden, que no parece haber sido la voluntad del legislador al establecer un concepto amplio de legitimación» (Resolución 11/2011). A esta resolución del Tribunal de la Comunidad de Madrid se refiere también la Resolución del TACRC núm. 122/2012.

(39) Las letras a) y b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, declaran la legitimación ante el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo de las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo, y de las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 de la misma Ley, que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.

vo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3; y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4; con relación a un sindicato, STC 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3)».Valga como resumen lo dispuesto en la STS de 20 de mayo de 2008 (recurso 63/2007), que afirma lo siguiente:

«Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 C.E. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29-6-2004). Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión "interés legítimo", utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de "interés directo", ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997)».

Pero, además de lo anterior, el TACRC se ha manifestado en numerosas resoluciones sobre el concepto de interés legítimo recogido en los artículos 42 TRLCSP y 102 de la Ley 31/2007. De todas ellas se desprende que ese interés legítimo no puede confundirse con el interés en la mera legalidad, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública. De forma reiterada (Resoluciones núm. 288/2012, 257/2012, 239/2012, 149/2012, 129/2012, 122/2012, 107/2012, 291/2011, 290/2011, 277/2011 y 237/2011), el TACRC ha manifestado que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras SSTS de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998), el interés legítimo equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta

y no meramente hipotética. Por tanto, para que pueda considerarse en términos generales que concurre el interés legítimo, es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite. Consecuentemente, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC 60/1982 y 257/1988, entre otras, y SSTS de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003, entre otras). Para que exista el interés legítimo, los recurrentes habrán de acreditar el efecto cierto (positivo o negativo, actual o futuro) que la anulación, en su caso, del acto impugnado tendría para los mismos, como sucede, por ejemplo, en la Resolución 134/2012. Sin embargo, la eventual exclusión de otros licitadores no produce ningún beneficio inmediato o cierto (Resolución núm. 114/2012). Tampoco tiene un interés legítimo quien impugna la exclusión por no reunir los requisitos establecidos al haber incurrido en una prohibición para contratar (Resolución 279/2012) o por no haber podido acreditar la experiencia exigida (exclusión declarada por resolución del TACRC tras haber resultado adjudicatario el recurrente), pues el recurrente no podrá participar en una hipotética licitación que traiga causa de la exclusión del adjudicatario actual (Resolución núm. 288/2012). Por tanto, la imposibilidad de resultar adjudicatario del contrato sí que es determinante de la ausencia de legitimación, pues los recurrentes no obtendrían beneficio inmediato o cierto alguno, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones o del cumplimiento de la legalidad (Resoluciones núm. 57/2012, 319/2011, 290/2011 y 289/2011). En un supuesto concreto el TACRC sí considera que concurre un interés legítimo más allá de la mera satisfacción moral, pues la recurrente excluida sí cumple las prescripciones técnicas y podría haber sido adjudicataria (Resolución núm. 20/2013).

Como ya ha manifestado el Tribunal Constitucional en sentencias 119/2008 y 144/2008, se admite la legitimación de quien impugna un pliego de cláusulas por quien no participa en la licitación al considerarlo discriminatorio. No es en absoluto cierto que resulte obligada la presentación de ofertas a una licitación si se pretende impugnar el correspondiente pliego de cláusulas, sino que «estarán legitimados para dicha impugnación todos aquellos que, por razón de la actividad desarrollada, pudieran, siquiera en potencia, participar en la licitación, se creyeran de algún modo perjudicados por el pliego y, por ende, pudieran verse afectados por la eventual estimación del recurso» (Resolución núm. 45/2012)[40]. En relación con esto, el TACRC ha declarado (Resoluciones núm. 257/2012, 239/2012 y 122/2012) que «para precisar el alcance del «interés legítimo» en caso de terceros no licitadores, ha de tenerse en cuenta que, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios, lo que permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación, tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad». La Resolución núm. 31/2010, que inadmite el recurso al no considerar legitimada para impugnar el acto de adjudicación a una empresa que no participó en el procedimiento de contratación, trae a colación lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 2005 (recurso 2037/2002),

(40) Aparece, por error, como 45/2011, en recurso núm. 17/2012.

según la cual «tratándose de contratos administrativos, el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación (S. 7-3-2001 citada por la de 4-6-2001), por cuanto quienes quedan ajenos a la misma, en principio no resultan afectados en sus derechos e intereses, si bien no puede perderse de vista que la determinación de la legitimación, en cuanto responde a los intereses que específicamente estén en juego en cada caso, ha de efectuarse de forma casuística, (…) la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado». Por su parte, la Resolución del TACRC núm. 170/2011 entiende que el tercero no licitador que recurre un pliego, para demostrar que puede obtener algún beneficio o evitar algún perjuicio, debe reunir los requisitos mínimos de capacidad y de solvencia que establece el pliego de bases del concurso y que le permitirían suscribir el contrato correspondiente.

El TACRC (Resolución núm. 221/2012) ha admitido también que tiene un interés legítimo quien es titular de un contrato de concesión —en este caso de instalación y explotación de marquesinas para paradas de autobuses— que entra en conflicto con las condiciones de la licitación establecidos en los pliegos que se recurren, pues su ámbito de actuación tiene directa relación con el objeto de la licitación y la impugnación de los pliegos tiene repercusión en su esfera jurídica, que es de carácter mercantil.

De igual forma, las SSTC 38/2010 y 67/2010 admiten, para recurrir las convocatorias y los pliegos, la legitimación activa de asociaciones o entidades representativas de intereses profesionales o económicos, tales como los Colegios Profesionales, con el fin de proteger a las empresas o colectivos perjudicados de las represalias de la Administración en futuras licitaciones. El TACRC ha entendido que concurre un interés legítimo en los Colegios Profesionales a los efectos de impugnar los actos que puedan afectar a los intereses profesionales a los que representan (Resoluciones núm. 23/2013[41] y 232/2012) y en las asociaciones empresariales que interponen el recurso en defensa de los intereses de sus asociados, pues, «siguiendo la tendencia jurisprudencial y las exigencias de las Directivas comunitarias en la materia, procede admitir la legitimación de las asociaciones y entidades representativas de los intereses de determinados grupos de personas tanto físicas como jurídicas en la defensa de los intereses generales de sus asociados» (Resoluciones núm. 273/2012, 148/2012 y 125/2012). También la Resolución núm. 256/2012 considera, citando la Resolución núm. 29/2011, que una asociación representativa de los empresarios de limpieza de edificios y locales está legitimada para impugnar los pliegos de un contrato. La Resolución núm. 139/2011, en la línea de las anteriores, también admite la legitimación de una asociación de empresas de seguridad privada. Esta última resolución ha sido posteriormente confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2012 (recurso 340/2011), que establece que la legitimación para recurrir ante el TACRC «los pliegos de los contratos por parte de asociaciones que en sus estatutos hayan establecido como uno de sus fines la defensa de la competencia no debe quedar limitada por el hecho de que varias de las empresas que han licitado formen parte de la asociación que ha recurrido el pliego.

(41) Por error aparece 23/2012, de 17 de enero, en recurso 329/2012.

No se trata de defender el interés particular de unas concretas empresas sino el interés general de que en el procedimiento de contratación pública no se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia». En cambio, la Resolución núm. 89/2011 entiende que no concurre en el sindicato recurrente ese vínculo o conexión con la pretensión ejercitada y que ha de traducirse en un interés en sentido propio, cualificado o específico que supondría la obtención cierta de un beneficio material o evitación, también cierta, de un perjuicio de prosperar la pretensión ejercitada.

En algunas ocasiones, el reclamante es el Comité de Empresa y el TACRC reconoce su legitimación activa porque es razonable pensar que la eventual estimación de su pretensión podría generar un efecto positivo en la esfera jurídica de los trabajadores afectados por la decisión del Tribunal (Resoluciones núm. 292/2012, 281/2012 y 257/2012, sobre reclamación contra pliegos de prescripciones técnicas para la contratación por AENA del servicio de información y atención al público). Únicamente la Resolución núm. 31/2013 inadmite, por tener a los recurrentes por desistidos del recurso, el presentado por los representantes de un Comité de Empresa por no aportar la certificación del acuerdo expreso adoptado por la mayoría del Comité, conforme exige el Estatuto de los Trabajadores, lo que tampoco hicieron tras el requerimiento de subsanación formulado al amparo del art. 44 TRLCSP.

Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia de 22 de junio de 2009 (Recurso núm. 5822/2007), el TACRC viene considerando reiteradamente que no es obstáculo para admitir la legitimación activa de los reclamantes el hecho de que presenten la reclamación por sí solos, aun en el caso de que hubieran concurrido a la licitación como parte integrante de una unión temporal de empresas. «Y ello porque el sentido amplio que el artículo 42 del TRLCSP da al concepto de legitimación permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer la reclamación» (Resoluciones núm. 9/2013, 269/2012, 184/2012, 170/2012, 169/2012, 212/2011 y 105/2011)[42].

5. PLAZO DE INTERPOSICIÓN

De acuerdo con los artículos 44.1 y 104.1 TRLCSP, todo aquél que se proponga interponer recurso especial o reclamación contra alguno de los actos a lo que ya nos hemos referido en el punto 2 deberá anunciarlo previamente ante el órgano de contratación —o entidad contratante— y dentro del plazo de interposición. No obstante, la omisión de este anuncio previo no impide la presentación y tramitación de recurso, pues es doctrina reiterada del Tribunal que tal ausencia no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento (Resoluciones núm. 44/2013, 31/2013, 28/2013, 9/2013, 303/2012, 291/2012, 275/2012 y 224/2012), máxime cuando el Tribunal debe notificar el mismo día de la interposición tal circunstancia al órgano de contratación (art. 46.2 TRLCSP), con lo que se cumple el objetivo perseguido por el legislador al exigir el

(42) También Resoluciones 39/2012 y 35/2012 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

citado anuncio previo (Resolución núm. 134/2012). «El principio de economía procesal impone esta conclusión, ya que carecería de eficacia práctica que el Tribunal acordara la subsanación de la falta de anuncio previo para, inmediatamente después de acreditada la corrección de la falta de este requisito, solicitar la remisión del expediente de contratación, cuando la finalidad de dicho anuncio se cumple con la reclamación del expediente, sin que esto suponga indefensión material para la entidad contratante» (Resoluciones núm. 172/2012 —recurso 142/2012— y 296/2011). Es más, este anuncio resulta innecesario en el caso de que la interposición se realice ante el propio órgano de contratación, pues, entonces, la propia interposición del recurso asegura el cumplimiento de la finalidad pretendida por el legislador al establecer el anuncio previo, pues ésta es conocida por el órgano autor del acto recurrido (Resoluciones núm. 265/2012, 230/2012, 85/2012, 265/2011 y 7/2011). El Tribunal llega incluso a considerar —Resolución núm. 31/2013—, atendiendo al principio *pro actione* y con el fin de evitar la indefensión material del recurrente, que el escrito presentado como mero anuncio del recurso, pero sin interponerse el recurso propiamente dicho, puede calificarse en ese supuesto como un verdadero recurso. Ahora bien, salvo en el concreto supuesto anterior que permitía conocer los motivos del recurso, la mera presentación del anuncio previo no produce el efecto de interrumpir el plazo de quince días para la interposición, como reiteradamente ha venido poniendo de manifiesto el Tribunal (Resoluciones núm. 165/2012 y 242/2011).

Las reglas sobre el cómputo del plazo para la interposición del recurso especial, contenidas en el artículo 44.2 TRLCSP, son las siguientes:

— El escrito de interposición deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto de adjudicación, en los términos recogidos en el artículo 151.4 TRLCSP, al que luego nos referiremos[43].

— Si el recurso se interpone contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación —apartado c)—. Si la publicación se realiza en varios lugares, debe tomarse en cuenta la última fecha de publicación en aplicación del principio *pro actione*[44].

— Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales —apartado a)—, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que estos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento en la forma prevista en el artículo 158 de la Ley (por medios electrónicos, informáticos o telemáticos y, en su defecto, enviándolos a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de la solicitud que éstos hayan presentado en tal sentido).

(43) En el ámbito de los sectores especiales el art. 104.2 de la Ley 31/2007 establece también un plazo de 15 días hábiles, contados desde el siguiente al de la publicación de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, desde que se anuncie en el perfil del contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.

(44) En este razonable sentido se manifiestan GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 4, 2010, p. 148. DÍEZ SASTRE, Silvia, «El recurso especial en materia de contratación pública», *op. cit,* p. 151.

— Por último, en el caso en que el recurso se interponga frente a actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción —apartado b)—.

  En relación con las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos celebrados en los denominados sectores excluidos, el plazo de quince días para la presentación del escrito se contará desde el siguiente al de la publicación en su caso de la licitación del contrato en el Diario Oficial de la Unión Europea, cuando se interponga contra dicha licitación, desde que se anuncie en el perfil del contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia (artículo 104.2 de la Ley 31/2007).

Para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso o de reclamación, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo de tres días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido en su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente (art. 44.5 TRLCSP y 104.5 de la Ley 31/2007).

Veamos, a continuación, distintas consideraciones efectuadas por el TACRC en torno al cómputo de los plazos para interponer el recurso especial.

En primer lugar, en relación con los actos de adjudicación, el artículo 44.2 establece que el plazo de quince días para la presentación del escrito de interposición se contará desde el siguiente a aquél en que se *remita* su notificación en los términos recogidos en el artículo 151.4 TRLCSP. En nuestra opinión, pueden traerse aquí perfectamente también las consideraciones formuladas en el punto 1 —en relación con el cómputo del plazo de 15 días para poder proceder a formalizar el contrato—, donde hemos estimado conveniente sustituir el término «remita» por «reciba». En todo caso, como han afirmado las Resoluciones del TACRC núm. 101/2012, 100/2012 y 46/2012, con cita de la Resolución núm. 28/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, no hay duda de que la vigente redacción del artículo 44.2 del TRLCSP deja claro que el cómputo del plazo se inicia desde la remisión de la notificación y no desde su recepción, lo que constituye una especialidad respecto a lo dispuesto en la LRJ-PAC(45). Sin embargo, como recuerda el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (Resolución núm. 35/2012), esta solución entra en contradicción con las reglas especiales establecidas en el mismo artículo para la impugnación de los pliegos, actos de trámite o anuncio de licitación, que sitúan dicho día inicial con carácter general en aquél en que se tenga conocimiento del contenido del acto a impugnar(46).

(45) Véase también la Resolución núm. 165/2012, que manifiesta que el plazo se inicia con la remisión de la notificación y no con su recepción, y que la mera presentación del anuncio de interposición del recurso no interrumpe el plazo de caducidad. Téngase en cuenta lo dispuesto en el Informe 16/2000, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

(46) Para este órgano autonómico, «debe tenerse en cuenta que el establecimiento en la legislación contractual en relación con el recurso administrativo especial contra los actos de adjudicación, de un sistema de cómputo del plazo ajeno a nuestro tradicional criterio de la *actio nata* —esto es, que las acciones pueden ejercitarse solo a partir del cono-

En el supuesto de recurso frente al contenido de los pliegos y demás documentos contractuales –letra a) del artículo 44.2—, el TACRC ha venido interpretando que, si en los supuestos en que los pliegos se hayan puesto a disposición de los posibles licitadores por medios electrónicos no hay constancia del examen de éstos por el interesado, sólo se podrá presumir la existencia de dicho conocimiento desde la fecha límite de presentación de las proposiciones, comenzando a contar a partir de tal fecha el plazo para la interposición del recurso (Resoluciones núm. 45/2013, 18/2013, 310/2012, 292/2012, 279/2012, 256/2012, 224/2012, 210/2012, 158/2012, 277/2011, 139/2011, 130/2011, 89/2011, 21/2011 y 58/2010). Cuando haya pasado el plazo para impugnar los pliegos, pero se recurra la exclusión del procedimiento de licitación debida a la presentación fuera de plazo de la proposición en base a la nulidad de pleno derecho de una cláusula del pliego, el Tribunal entiende que el recurso está dentro de plazo si se interpone en los términos que veremos en el párrafo siguiente (Resolución núm. 188/2012).

También, el propio TACRC ha manifestado que, según el artículo 44.2.b) TRLCSP, el cómputo del plazo para la interposición del recurso especial se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que el licitador haya tenido conocimiento de su exclusión. Por tanto, para este supuesto concreto, la Ley prevé, pero no impone expresamente, la posibilidad de una notificación individual al licitador excluido del procedimiento que permita tener conocimiento de su exclusión. Ahora bien, el art. 151.4 TRLCSP impone claramente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación, no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos, pues exige que la notificación deberá contener, en todo caso, «la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer (…) recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación», y que dicha notificación habrá de expresar en forma resumida, con respecto a estos licitadores excluidos, «las razones por las que no se haya admitido su oferta». Así pues, el art. 151.4 TRLCSP impone expresamente al órgano de contratación la obligación de notificar la adjudicación no sólo a los candidatos descartados, sino también a los licitadores excluidos (Resoluciones núm. 35/2013, 79/2012 y 317/2011). Como consecuencia,

---

cimiento del acto contra el que se dirigen— encuentra su fundamento, tal y como pone de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, de 29 de abril de 2010, relativo al proyecto de Ley de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público, en permitir *«garantizar la simultaneidad de las notificaciones, lo que tiene importancia a efectos de la eventual interposición del recurso especial y de la ulterior formalización del contrato, ya que garantiza que, respecto de todos los licitadores y candidatos, se ha respetado el plazo mínimo exigido en la ley al ser único para todos ellos el* dies a quo*»*. La doctrina sobre este tema del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid queda recogida en las Resoluciones núm. 142/2012 y 88/2012, que manifiestan: «cabe plantearse, cómo debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 44.2 y cómo cohonestar su contenido con el sistema general de notificaciones y recursos en el Derecho Español y lo que es más importante, con el derecho de defensa de los interesados en los procedimientos de contratación. No podemos entender que haya habido laguna o que quepa interpretar el concepto "remisión", puesto que el hecho de que el cómputo de los plazos establecido con carácter general en el artículo 44.2 del TRLCSP, difiera del de las especialidades contenidas en el mismo, refuerza la idea de la voluntad del legislador de establecer como día inicial del cómputo del plazo, el de la remisión de las notificaciones con independencia de la fecha de recepción de las mismas, por lo que ninguna duda ofrece desde la interpretación auténtica el sentido que debe darse a tal previsión. No cabe tampoco una aplicación directa de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en tanto en cuanto la LCSP constituye legislación especial frente a aquélla, aplicando el aforismo *"lex specilis derogat legi generali"* (…) Este ha sido el criterio seguido por este Tribunal en sus Resoluciones 28/2011, de 29 de junio de 2011 y 41/2011, de 20 de julio, entre otras».

como ya se dijo en el punto 2, en el supuesto en que la mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, podrá éste impugnarla en el recurso que interponga frente al acto de adjudicación (Resoluciones núm. 16/2013, 15/2013, 52/2012, 47/2012 y 274/2011). Sin embargo, realizada correctamente dicha notificación, el licitador excluido carecerá de legitimación para recurrir el acuerdo de adjudicación, pues la pretensión de «ganar tiempo», retrasando el acto de adjudicación, no fundamenta un interés legítimo (Resolución núm. 35/2013).

No obstante lo manifestado más arriba respecto al inicio del cómputo del plazo del acto de adjudicación, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha manifestado (Resolución núm. 35/2012) que, si el acto impugnado es la exclusión del licitador puesta de manifiesto al declararse desierta la licitación, la aplicación del art. 44.2 TRLCSP carece de fundamento, «debiendo considerarse, en virtud del principio *favor acti* y del derecho de defensa, que en este caso rige el sistema general de cómputo del plazo, que comienza desde el día en que se recibió la notificación, siendo por tanto el recurso presentado en plazo». Aunque el Tribunal no lo dice, esta es la fórmula de entender cumplido el requisito del artículo 44.2.b) —«tener conocimiento de la posible infracción»— pues la exclusión del licitador, aunque conlleve que la licitación quede desierta, es un acto de trámite cualificado.

Dado que el plazo de quince días hábiles para impugnar el acto de adjudicación se computa, de acuerdo con el artículo 40.2 TRLCSP, desde el día siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado, conviene saber cuándo se ha practicado correctamente la notificación(47) y cuál debe ser el contenido del acto de adjudicación para que dicha notificación sea válida y pueda iniciarse el cómputo del plazo. De conformidad con las exigencias del Derecho comunitario (puestas de manifiesto entre otras por la STJUE de 4 de junio de 2009, *Comisión contra Grecia*), el artículo 151.4 TRLCSP establece que la adjudicación debe ser motivada y se notificará a candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil del contratante. La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria(48) que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso suficientemente fundado contra la adjudicación y, en particular, la exposición resumida de las razones por las que se ha desestimado su candidatura o no se ha admitido su oferta, y el nombre del adjudicatario, junto con las características y ventajas de su proposición que hayan resultado determinantes para seleccionar su oferta con preferencia al resto, dejando a salvo, claro está, la información confidencial y la que pueda perjudicar al interés público (arts. 46.5 y 153 TRLCSP), lo que deberá ser objeto de justificación en el expediente. Como ya hemos avanzado en el punto 1, la notificación se hará por

(47) En relación con la práctica de la notificación por correo la Audiencia Nacional ha confirmado por sentencia de 18 de octubre de 2012 (recurso 181/2011) la Resolución del TACRC 56/2011, que inadmitía por extemporáneo un recurso en el que el recurrente alegaba que una dirección, que él mismo había comunicado a la Administración, no era válida.

(48) La Resolución núm. 326/2011 entiende también incluido en el concepto de información necesaria los aspectos formales relativos a la forma de impugnación de la decisión de adjudicación, es decir, recurso procedente, plazo para su interposición y órgano ante el que ha de interponerse. En el supuesto analizado por el Tribunal, la valoración de la oferta técnica no contenía desglose de los criterios valorables y de la puntuación atribuida a cada uno de ellos, por lo que el contenido de la notificación no permitía a la recurrente conocer los aspectos o características de su oferta que han determinado la valoración obtenida.

cualquiera de los medios que permitan tener constancia de su recepción por el destinatario y en particular, si los interesados lo admiten[49], por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. En el caso de que las notificaciones se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 LRJ-PAC, el plazo para considerarlas rechazadas, y por tanto para tener por evacuado el trámite y continuar el procedimiento, será de cinco días (art. 151.4 y Disposición Adicional 16.ª TRLCSP), previsión que habría que extender a lo dispuesto en el artículo 28.3 de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. Sólo a partir del momento en que la notificación se haya practicado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 151.4 TRLCSP comienza a contar el plazo de interposición (Resoluciones núm. 319/2011, 302/2011 y 166/2011), y más cuando la información contenida en la notificación era absolutamente confusa (Resolución núm. 25/2012). Es más, el Tribunal llega a considerar que si el órgano de contratación procede, a petición del recurrente, a facilitar información complementaria aclaratoria a la contenida en la notificación, será a partir del día siguiente a la remisión de este nuevo escrito cuando habrá que contar los 15 días (por esta vía la Resolución núm. 79/2012 admite el recurso por considerarlo interpuesto en plazo y también, aunque con más matices, la Resolución núm. 248/2011, que lo admite porque el plazo había sido ampliado por el propio órgano de contratación)[50]. También en el ámbito de los sectores especiales para que se inicie el cómputo del plazo es necesario que la notificación se haya realizado de acuerdo con los requisitos previstos por los artículos 83.2 y 84 de la Ley 31/2007, entre los que se encuentra el de motivación, conforme exigen los artículos 57 y 58 LRJ-PAC (Resoluciones núm. 30/2012, 214/2011 y 212/2011).

El objetivo perseguido con esta motivación que debe ser notificada es suministrar a los licitadores excluidos y a los candidatos descartados información suficiente sobre las razones de su exclusión o descarte, a fin de que el interesado pueda combatir esos argumentos al interponer el correspondiente recurso sin necesidad de pedir información adicional. «De lo contrario se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, produciéndole indefensión y provocando recursos indebidamente» (Resolución 287/2011, reiterada por la 79/2012). Pero la motivación no precisa que sea un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos, bastando con que sea racional y suficiente, con la extensión necesaria para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para defender sus derechos e intereses «pudiendo ser los motivos de hechos y de derecho sucintos siempre que sean suficientes, como declara la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 de junio, SSTS de 9 de junio de 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero de 1998, 11 y 13 de febrero y 9 de marzo de 1998, 25 de mayo de 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero de 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 de enero de 2000» (Resoluciones del TACRC núm. 302/2012, 184/2012, 52/2012, 287/2011 y 214/2011). En todo caso, una

(49) Sobre la aceptación del fax como medio de notificación véanse las Resoluciones del TACRC núm. 216/2012 y 66/2011.

(50) En cambio, la Resolución núm. 16/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía considera que «la corrección de errores que se notificó y que sólo comprendía los valores económicos homogeneizados recogidos en el cuadro adjunto a la citada resolución respecto a uno de los licitadores, que además ni es el adjudicatario ni el recurrente, no afecta al contenido sustancial de la resolución de adjudicación ni deja sin efecto la misma. Asimismo dicha corrección de errores no aporta nuevos datos que resulten esenciales para que el recurrente pueda ejercitar su derecho a recurrir contra la misma y para fundamentar dicho recurso».

motivación deficiente no provoca por sí misma la anulación de la adjudicación realizada (Resolución núm. 326/2011). Así, la Resolución núm. 302/2012 afirma: «En consecuencia las notificaciones están viciadas de nulidad, por falta de la motivación exigida por el artículo 151.4 del TRLCSP. No obstante, como indicamos en nuestra Resolución 272/2011, de 10 de noviembre, la notificación es un acto distinto del acto notificado, que actúa como condición de eficacia de aquél, de modo que si bien está insuficientemente motivada la notificación del acto, como señalamos, sí aparece en el presente caso motivado el acto de adjudicación notificado pues las razones determinantes de la decisión adoptada aparecen reflejadas en la documentación incorporada al expediente, como exige el apartado 2 del artículo 54 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

En relación con el descarte de licitadores en un procedimiento de selección de participantes en la fase de diálogo competitivo, el TACRC ha manifestado que, si bien la regulación de su motivación no es la que con carácter especial se contiene en el art. 151.4 TRLCSP, ello no implica que no esté sujeto a motivación, que será la general prevista para los actos administrativos en el art. 54 LRJ-PAC, cuya letra a) establece que deben ser motivados los actos que limiten derechos o intereses legítimos, «lo que concurre en este caso toda vez que se trata de un acto de trámite cualificado que impide al licitador continuar en el procedimiento, y por ello recurrible» (Resolución núm. 184/2012). Esta resolución establece, además, que la notificación del acto con la puntuación total obtenida por cada licitador, con desagregación de la conseguida en cada uno de los criterios de valoración, es «insuficiente para que el licitador descartado pueda mediante el recurso defender sus derechos e intereses, por cuanto no se contiene una mínima descripción del proceso de asignación de la puntuación, produciéndole por ello indefensión». En este sentido la Resolución núm. 274/2011 recuerda la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 27 y 31 de enero, 2 de febrero, 12 de abril y 21 de junio de 2000 y 29 de mayo de 2001), que señala que la exigencia de motivación «no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones», ya que «la Administración ha de expresar las razones que la inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto». La Resolución núm. 171/2012 añade además, con cita de la Resolución núm. 216/2011, que, para concretar los aspectos sobre los que ha de otorgarse la información motivadora del acuerdo, debe tenerse presente que la primera norma reguladora del contrato son los pliegos de condiciones a que se refiere el artículo 32 de la Ley 31/2007, completados, en su caso, con el pliego de prescripciones técnicas.

No admite el TACRC que se justifique una deficiente notificación sobre la base de confidencialidad de las ofertas (Resolución núm. 199/2011). En este sentido el Tribunal ha señalado que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta presentada por el adjudicatario, ni a la totalidad del informe realizado por los servicios de la entidad adjudicadora a efectos de su valoración, habida cuenta de que tanto el art. 20.2 de la Ley 31/2007 como el artículo 140 TRLCSP garantizan que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de información a candidatos y licitadores conforme se recoge en los artículos 84 de la Ley 31/2007 y 151.4 y 153 TRLCSP.

Tampoco el Tribunal entiende admisible la pretensión de ampliación o concesión de un nuevo plazo para interponer la reclamación (Resolución núm. 86/2012, que acoge el criterio sostenido por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón en su resolución 5/2011). Ello es debido a que la regulación del recurso especial en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se caracteriza por su «especialidad» en plazos y tramitación, consideración que debe ser hecha también con respecto de la reclamación regulada para los denominados sectores especiales en la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Tal especialidad se pone de manifiesto, principalmente, en la brevedad de los plazos, lo cual no es sino una exigencia de la propia naturaleza del recurso o de la reclamación. Por ello, la consecuencia de la especialidad mencionada es que los plazos en general tienen carácter preclusivo, lo que implica que no es posible rehabilitarlos una vez transcurridos, y que la posible prórroga de estos no puede acordarse si no se justifica adecuadamente su necesidad y la falta de perjuicio de terceros como consecuencia de su concesión. En opinión del Tribunal, la única fundamentación posible de una prórroga del plazo de interposición sería la notificación defectuosa de la resolución.

La otra singularidad de los recursos o reclamaciones en materia de contratación respecto al régimen general contenido en la LRJ-PAC es la relativa al lugar de presentación de los recursos (Resoluciones núm. 101/2012 y 46/2012). La presentación del escrito de interposición se hará, necesariamente, en el Registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso (art. 44.3). En los sectores especiales se realizará, exclusivamente, ante el Registro del órgano competente para resolver la reclamación (art. 104.3 de la Ley 31/2007). El Acuerdo de 18 de abril de 2012, del TACRC, establece sus direcciones de registro, dado que, como el Tribunal ha manifestado en diversas resoluciones, si el escrito de interposición se presenta en cualquier otro registro de la Administración o en las oficinas de Correos, se entenderá interpuesto el día en que tenga su entrada en el registro del Tribunal o, en el caso del recurso especial, también en el del órgano de contratación. Por tanto, nada impide que la remisión del escrito de recurso se realice por correo, pero el recurrente deberá asegurarse de que dicho escrito tenga entrada en algunos de los registros establecidos por el art. 44.3 TRLCSP (art. 104.3 de la Ley 31/2007) dentro del plazo máximo que el texto legal prescribe. En consecuencia, la presentación del escrito en la Oficina de Correos «no produce el efecto de interrumpir el plazo para la presentación del recurso, al no figurar entre los lugares en que puede presentarse el mismo a tenor de lo dispuesto en el artículo 44.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público» (Resoluciones núm. 10/2013, 209/2012, 197/2012 y 279/2011). La norma, por tanto, es taxativa (Resoluciones núm. 232/2012 y 105/2012) y no procede la aplicación subsidiaria de lo previsto en el art. 37.4 LRJ-PAC en cuanto los preceptos citados regulan expresamente la cuestión relativa al lugar donde deben presentarse los recursos o reclamaciones en materia de contratación (Resoluciones núm. 79/2012 y 242/2011). El principio de celeridad en atención a la brevedad de plazos justifica esta opción del legislador (Resolución núm. 206/2011). Esta argumentación ha sido recogida por la Audiencia Nacional que, en su sentencia de 27 de noviembre de 2012 (recurso 176/2011), ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por este único motivo frente a la Resolución del TACRC núm. 95/2011.

Para terminar, digamos que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 110.2 LRJ-PAC, según el cual «el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será

obstáculo para su tramitación», el TACRC, por mor del principio *pro actione*, ha considerado que el recurso no debe ser inadmitido por extemporáneo cuando se esté ante escritos de alegaciones que deben considerarse, en realidad, como recursos especiales en materia de contratación, y ello aunque el recurso interpuesto frente a la desestimación de dichas alegaciones lo haya sido fuera de plazo (Resolución núm. 45/2012)(51). El TACRC también aplica este art. 110.2 LRJ-PAC en otros casos similares (Resoluciones núm. 28/2013, 6/201[3] y 291/2012). En la Resolución núm. 303/2012 el TACRC admite el recurso aunque éste se califica por el recurrente como recurso de alzada y se interpone ante el órgano de contratación (lo mismo hace la 2/2013, aunque en este caso en relación con uno de reposición). En otros asuntos, la calificación como recurso especial no impide la tramitación como reclamación cuando estamos en los supuestos de la Ley 31/2007 (Resoluciones núm. 282/2012 y 259/2012), pero aquí habrá que aplicar el régimen jurídico de las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación, el cual sólo permite la presentación del escrito de reclamación ante el órgano competente para resolverla. Por ello, su presentación ante la entidad contratante no interrumpe el cómputo del plazo, salvo que la notificación sea defectuosa, lo que podrá dar lugar, si éste transcurre, a que no pueda ya llevarse a cabo la impugnación en la vía contencioso-administrativa.

6. CONCLUSIÓN

Como ha demostrado la positiva experiencia práctica, la existencia de un recurso ágil ante órganos independientes y especializados resulta fundamental para garantizar un control eficaz y completo de la legalidad en la contratación pública, aunque sería deseable su extensión a todos los contratos regulados por el TRLCSP. Esta modalidad de recurso administrativo contribuye, sin duda, a garantizar la integridad de nuestro sistema de contratación pública, a mejorar su eficiencia y a limitar las posibilidades de corrupción(52).

Del análisis de la doctrina del TACRC en materia de admisibilidad vemos que en las numerosas resoluciones adoptadas hay una doctrina muy consolidada sobre las distintas cuestiones planteadas, especialmente en materia de legitimación y de plazos. También hay que añadir que, en la inmensa mayoría de las resoluciones que hasta este momento ha tenido que abordar el Tribunal, están presentes problemas relacionados con la admisibilidad del recurso o de la reclamación. Por lo general, cuando la Ley lo permite, la interpretación que realiza el Tribunal puede considerarse extensiva y razonable, con la única duda de algún supuesto excepcional como el que acabamos de analizar al comentar las Resoluciones 282/2012 y 259/2012. Son resoluciones claras y, normalmente, breves en aras a garantizar la rapidez de la decisión, pero siempre con una buena base jurídica. Como ya pusimos de manifiesto en otro momento(53), los órganos administrativos especializados e independien-

(51) Aparece, por error, como 45/2011, en recurso núm. 17/2012.

(52) Al respecto, entre otros, véase GIMENO FELIÚ, José María, «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 147, 2010, pp. 517 a 535.

(53) *Medios alternativos de resolución de conflictos en Derecho Administrativo*. 2004, pp. 248 a 268. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=13751> y también en <http://hdl.handle.net/10017/2227>.

tes, no sometidos a instrucciones jerárquicas (art. 107.2 LRJ-PAC), contribuyen sin ningún género de dudas a la disminución de la litigiosidad administrativa y a mejorar la legalidad y eficacia de la actuación administrativa al servicio de los intereses generales. La positiva experiencia del TACRC es una buena muestra de ello. El recurso ágil y eficaz ha permitido solucionar las controversias surgidas en materia contractual de forma rápida, como ha puesto de manifiesto la SAN de 30 de octubre de 2012 (recurso 340/2012), al considerar que el recurso especial es un sistema idóneo de impugnación «al objeto de que un propio órgano de la Administración al examinar los pliegos del contrato controle de forma inmediata y tras un breve procedimiento (el recurso especial se interpuso el 13 de abril de 2011 y se resolvió el 11 de mayo del mismo año) que los órganos de contratación no han introducido restricciones injustificadas a la competencia, corrigiendo en su caso, antes de que produzca la adjudicación del contrato, la actuación administrativa que considere restrictiva de la competencia».

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Sumario

1. INTRODUCCIÓN.
2. PRINCIPIOS GENERALES.
3. FUENTES.
4. RECURSOS.
   A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación.
   B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario.
   D) y E) Cuestiones prejudiciales y medidas cautelares.
5. MERCADO INTERIOR.
   A) Libre circulación de trabajadores.
   B) Libre circulación de capitales.

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del TJUE seleccionada en la presente crónica no contiene doctrina muy novedosa sobre principios generales del Derecho de la Unión Europea, fuentes, recursos y mercado interior. No obstante lo anterior, sin apartarse de la que viene siendo su «reiterada jurisprudencia» en estas materias, el Tribunal de Justicia nos ha brindado nuevos e interesantes argumentos para la reflexión durante el período analizado.

2. PRINCIPIOS GENERALES

La sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12, Thomas Pringle contra Gobierno de Irlanda, interpreta el alcance del principio general de tutela judicial efectiva.

La petición de decisión prejudicial fue planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Supreme Court (Irlanda) y tenía por objeto, por un lado, la validez de la Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136

del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro (MEDE), y, por otro, la interpretación de los artículos 2 TUE, 3 TUE, 4 TUE, apartado 3, 13 TUE, 2 TFUE, apartado 3, 3 TFUE, apartados 1, letra c), y 2, 119 TFUE a 123 TFUE y 125 TFUE a 127 TFUE, y de los principios generales de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica.

El tribunal remitente manifiestó, con referencia a un argumento aducido por el demandante en el litigio principal, que el establecimiento del MEDE fuera del ordenamiento jurídico de la Unión puede tener el efecto de excluir al MEDE del ámbito de aplicación de la Carta. Dicho tribunal desea saber si el establecimiento del MEDE vulnera de esa manera el artículo 47 de la Carta, que garantiza a toda persona una tutela judicial efectiva.

El Tribunal recuerda que conforme al artículo 51, apartado 1, de la Carta, las disposiciones de ésta se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. En virtud del apartado 2 de ese mismo artículo, la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados. Por tanto, el Tribunal de Justicia debe interpretar, a la luz de la Carta, el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a ésta (véanse las sentencias de 5 de octubre de 2010, McB., C-400/10 PPU, Rec. p. I-8965, apartado 51, y de 15 de noviembre de 2011, Dereci y otros, C-256/11, Rec. p. I-0000, apartado 71).

Para la sentencia comentada, los Estados miembros no aplican el Derecho de la Unión, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, al instituir un mecanismo de estabilidad como el MEDE, para cuyo establecimiento los Tratados UE y FUE no atribuyen ninguna competencia específica a la Unión, según resulta del apartado 105 de la presente sentencia.

De cuanto antecede resulta que el principio general de tutela judicial efectiva no se opone a la celebración entre los Estados miembros cuya moneda es el euro de un acuerdo como el Tratado MEDE ni a su ratificación por éstos.

Siendo así, el TJUE responde a la cuestión planteada que los artículos 4 TUE, apartado 3, 13 TUE, 2 TFUE, apartado 3, 3 TFUE, apartados 1, letra c), y 2, 119 TFUE a 123 TFUE y 125 TFUE a 127 TFUE y el principio general de tutela judicial efectiva no se oponen a la celebración entre los Estados miembros cuya moneda es el euro de un acuerdo como el Tratado MEDE ni a la ratificación de dicho Tratado por esos Estados miembros.

3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica pueden destacarse las siguientes resoluciones, entre las que se encuentra la decisión prejudicial que resuelve la primera cuestión planteada por el Tribunal Constitucional español.

En primer lugar, hay que citar la STJUE de 13 de diciembre de 2012, As. C-465/11, Forposta (anciennement Praxis) y ABC DirectContact, que, aunque no se refiere directamente al tema de fuentes, trata la posible limitación en el tiempo de los efectos de las decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia. En apoyo de dicha limitación, el Gobierno

polaco invoca el carácter poco claro de una disposición comunitaria, no interpretada aún por el Tribunal de Justicia, y el riesgo de que dicha interpretación tenga repercusiones económicas graves en el ámbito nacional (fundamento 43).

Sin embargo, el Tribunal señala que la interpretación que hace de las normas del Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dichas normas, tal como debieron ser entendidas y aplicadas desde la fecha de su entrada en vigor. De este modo, sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición o un principio por él interpretados para cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe (fundamento 44). Es más, sólo se ha recurrido a esta solución en circunstancias muy determinadas, en particular cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas concretamente al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones o los principios del Derecho de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión Europea (fundamento 45).

En segundo término, la STJUE de 31 de enero de 2013, As. C-26/11, Belgische Petroleum Unie y otros, recuerda que, cuando una cuestión esté regulada de forma armonizada en el ámbito de la Unión, toda medida nacional a este respecto debe apreciarse a la luz de dicha regulación armonizada (fundamento 27).

En tercer lugar, con relación al ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la STJUE de 26 de febrero de 2013, As. C-617/10, Åkerberg Fransson, señala que los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de ellas. De ahí que el Tribunal no pueda apreciar a la luz de la Carta una normativa nacional que no se inscriba en el marco del Derecho de la Unión. Por el contrario, cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal debe proporcionar, en el marco de una remisión prejudicial, todos los elementos de interpretación necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales (fundamento 19). Por tanto, no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta (fundamento 21).

Por último, como mencionamos *supra*, es preciso citar la STJUE de 26 de febrero de 2013, As. C-399/11, Melloni, pronunciamiento que da respuesta a la primera cuestión prejudicial comunitaria planteada por el Tribunal Constitucional español. Entre otros problemas, en dicho proceso se plantea la aplicación *ratione temporis* del artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/584/JAI, artículo introducido por la Decisión marco 2009/299/JAI:

— Antes de la reforma, el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584 recogía la posibilidad de que la ejecución de una orden de detención europea dictada para ejecutar una condena impuesta en rebeldía fuera supeditada, «con arreglo

al Derecho del Estado miembro de ejecución», al requisito de que la autoridad judicial emisora diera garantías suficientes que aseguraran a la persona objeto de la orden de detención europea la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguardasesus derechos de defensa en el Estado miembro emisor y de estar presente en la vista.

— La Decisión marco 2009/299 suprimió dicho precepto e introdujo un nuevo artículo 4 bisen la Decisión marco 2002/584 para impedir la denegación de «la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución», si el interesado, «teniendo conocimiento de la celebración previa del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio». El señor Melloni había estado representado en el proceso penal en el que fue condenado por dos Abogados de su confianza.

A partir de ahí, algunas partes interesadas consideraban inadmisible la remisión prejudicial por entender que el artículo 4 bis no era aplicable al procedimiento de entrega del demandante. Y es que el auto de la Audiencia Nacional que decidió la entrega del señor Melloni a las autoridades italianas fue dictado el 12 de septiembre de 2008, fecha anterior a la del 28 de marzo de 2011 fijada por el artículo 8.1 de la Decisión marco 2009/299 como tope para su transposición. Por tanto, la entrega del señor Melloni por las autoridades españolas a las italianas estaría regulada por el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584.

Por su parte, el Tribunal de Justicia destacó, de un lado, que el artículo 8.2 de la Decisión marco 2009/299 señalaba que, a partir del 28 de marzo de 2011, ésta se aplicaría «al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado», pero sin distinguir que tales resoluciones fueran anteriores o posteriores a esa fecha. De otro lado, resaltó que las disposiciones del artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/584 debían considerarse reglas de procedimiento y, por tanto, aplicables al procedimiento de entrega del demandante, actualmente en curso. En este sentido, la jurisprudencia distingue entre normas procesales y sustantivas: mientras las primeras serían aplicables a todos los litigios pendientes en el momento de su entrada en vigor, las segundas no afectarían a las situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor. Con tales argumentos, el Tribunal determinó la aplicación al caso del artículo 4 bis, precepto que declaró compatible con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

4. RECURSOS

A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación

En la presente crónica de jurisprudencia se percibe cómo han aumentado considerablemente los asuntos recaídos en recursos de anulación y, en menor número, en recursos de omisión. No obstante, no se perciben cambios jurisprudenciales significativos. A continuación

mostramos algunas de las sentencias recaídas en el marco temporal al cual se subscribe la presente crónica.

Una primera sentencia que podemos recordar es la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 28 de febrero de 2013, reexamen Arango Jaramillo y otros/BEI, asunto C-334/12 RX-II, en la cual el Tribunal de Justicia sostuvo que, dado que la normativa comunitaria no establece un plazo concreto respecto el recurso de anulación de disposiciones del Banco Europeo de Inversiones, entonces no cabe entonces aplicar el plazo genérico de dos meses sino un plazo razonable en el que se tengan en cuenta todas las circunstancias presentes.

Por su parte, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) en su sentencia de 19 de diciembre de 2012, Comisión/Planet, asunto C-314/11 P, sostuvo que es posible ejercitar un recurso de anulación contra todas las disposiciones adoptadas por las instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, que tiendan a producir efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, modificando sustancialmente su situación jurídica. Cosa diferente son los recursos dirigidos contra actos que constituyen únicamente medidas de carácter interno de la Administración y que, en consecuencia, no surten efectos fuera de la Administración y por lo tanto son inadmisibles. El Tribunal General (Sala Cuarta) en su sentencia de 11 de diciembre de 2012, Sina Bank/Consejo, asunto 15/1, recordó que un acto de carácter puramente informativo no puede ni afectar a los intereses del destinatario ni modificar la situación jurídica de éste en relación con la situación anterior a la recepción de dicho acto. El Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) en su sentencia de 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, asunto C-441/11 P, recordó igualmente que no se debe decidir una anulación total de un acto del Derecho de la Unión cuando el motivo que sustenta la anulación de un acto del Derecho de la Unión es un aspecto específico, debiendo proceder solamente una anulación parcial.

Una sentencia curiosa sobre el derecho institucional es la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de diciembre de 2012, Francia/Parlamento, asuntos acumulados C-237/11 y C-238/11, recaída sobre el lugar de las sedes de las instituciones comunitarias, por medio de la cual se anularon las resoluciones del Parlamento Europeo de 9 de marzo de 2011, relativas al calendario de los períodos de sesiones del Parlamento para los años 2012 y 2013, en la medida en que no fijaban doce períodos de sesiones plenarias mensuales en Estrasburgo para los años 2012 y 2013.

Entre las sentencias y autos en las que una de las partes es española podemos recordar los autos del Tribunal General (Sala Tercera) de 30 de enero de 2013, Estaser El Mareny/Comisión, asunto T-570/12, Inversions Cobasa/Comisión, asunto T-571/12, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Comisión, asunto T-555/12, en las cuales se enjuiciaba la negativa de la Comisión a iniciar un procedimiento de declaración de incumplimiento contra el Reino de España. Por un lado, un particular no se encuentra afectado directamente por una decisión de este tenor por parte de la Comisión. Y, en segundo lugar, ni el dictamen motivado sobre la pertinencia de la interposición de un recurso por incumplimiento, ni la interposición efectiva de este recurso, son actos que afecten directamente a las personas físicas o jurídicas. Finalmente, podemos recordar el auto del Tribunal General (Sala Segunda) de 30 de noviembre de 2012, Activa Preferentes/Consejo, asunto T-437/12, en el que se enjuiciaba la solicitud de anulación de la decisión 2012/443/UE del

Consejo, de 23 de julio de 2012, dirigida a España sobre medidas concretas para reforzar la estabilidad financiera. Se desestimó el recurso, pues el abogado ejerciente era el presidente de la demandante (Activa Preferentes), con lo cual el abogado que representaba a la demandante no tenía la condición de tercero.

B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

D) y E) Cuestiones prejudiciales y medidas cautelares

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre las cuestiones prejudiciales y las medidas cautelares.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de trabajadores

a) Ventajas sociales

La **STJUE de 21 de febrero de 2013, I.N., as. C-46/21, as. C-83/11**, analiza el alcance de la excepción del artículo 24 de la Directiva 2004/38, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El precepto dispone literalmente que «el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias». Pues bien, la cuestión prejudicial que origina esta sentencia surge cuando el Sr. N., que se desplazó a Dinamarca para cursar determinados estudios, al poco de instalarse en el Estado de acogida realiza distintos trabajos por cuenta ajena y, cuando éstos cesan, solicita una ayuda a la formación, que es denegada por la Administración danesa. Se argumenta que, dado que los motivos que le llevaron al interesado a Dinamarca estaban relacionados con adquirir determinada formación, el Sr. N. no reunía la condición de trabajador que es necesaria para la percepción de la ayuda.

Frente a ello, el TJUE concluye que la Directiva aplicable debe interpretarse en el sentido de que no puede denegarse a un ciudadano de la Unión que curse estudios en un Estado miembro de acogida y que simultáneamente desarrolle en él una actividad por cuenta ajena real y efectiva apta para conferirle la condición de «trabajador» a efectos del artículo 45 TFUE las ayudas de manutención por estudios que se conceden a los nacionales de ese Estado miembro. En este sentido, el Tribunal destaca que la circunstancia de que el

interesado entrara en el territorio del Estado miembro de acogida con la intención principal de cursar en él sus estudios no resulta pertinente para determinar si está revestido de la condición de «trabajador» a efectos del artículo 45 TFUE y, por lo tanto, si tiene derecho a las referidas ayudas en las mismas condiciones que un nacional del Estado miembro de acogida de conformidad con el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

b) Seguridad social

La **STJUE de 21 de febrero de 2013, Salgado González, C-282/11**, ha considerado contrarias al Derecho de la UE las normas españolas sobre el cálculo de las bases reguladoras de la pensión de jubilación de los trabajadores migrantes. Así, en la aplicación del art. 162, apartado 1, LGSS, el INSS toma en consideración para el cálculo de los quince años de cotización necesarios para obtener la prestación periodos de seguro no cubiertos en España. Ahora bien, como dichos periodos se contabilizan necesariamente con valor cero, su cómputo puede producir reducciones de las bases de cotización medias. Como señala el Tribunal en el apartado 50 de la sentencia, la reducción no se produce si el interesado cotiza únicamente en España, sin ejercer su derecho a la libre circulación, lo que vulnera el art. 46, apartado 2, letra a), del Reglamento núm. 1408/71.

Por su parte, la **STJUE de 7 de marzo de 2013, van den Booren, as. C-127/11**, ha concluido que ni el art. 45 TFUE ni el Reglamento 1408/71 se oponen la aplicación de una normativa de un Estado miembro que contiene una cláusula en virtud de la cual una pensión de viudedad percibida en ese Estado miembro queda reducida como consecuencia del aumento de una pensión de vejez percibida en virtud de la legislación de otro Estado miembro. Ello es así siempre que la aplicación de la norma no conduzca, en lo que respecta al interesado, a una situación desfavorable en relación con la de otra persona cuya situación no presente ningún elemento transfronterizo y que, en caso de constatarse tal desventaja, esté justificada por consideraciones objetivas y sea proporcionada a la finalidad legítimamente perseguida por el Derecho nacional, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

B) Libre circulación de capitales

a) Ventajas fiscales

En el ámbito de la libre circulación de capitales, únicamente se ha dictado una sentencia en el periodo analizado.

La **STJUE de 28 de febrero de 2013, Beker, as. C-168/11**, ha concluido que el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual, en un régimen cuyo objetivo sea limitar la doble imposición, cuando personas que son sujetos pasivos del impuesto por obligación personal pagan sobre los rendimientos de origen extranjero, en el Estado de origen de tales rendimientos, un impuesto equivalente al impuesto sobre la renta, la imputación de este impuesto extranjero a la cuota del impuesto sobre la renta en el referido Estado miembro se realiza multiplicando

la cuota del impuesto adeudado en méritos de los rendimientos imponibles en el mismo Estado miembro, que contiene los rendimientos de origen extranjero, por la fracción entre dichos rendimientos de origen extranjero y la suma de los rendimientos, sin que esta última suma tenga en cuenta gastos especiales y cargas extraordinarias, como gastos relativos al estilo de vida o a la situación personal o familiar.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
LUIS F. MAESO SECO
FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
JUANI MORCILLO MORENO
JESÚS PUNZÓN MORALEDA
JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

Sumario

1. INTRODUCCIÓN.
2. PROCESOS CONSTITUCIONALES.
   - **A) Recurso de inconstitucionalidad.**
   - **B) Cuestión de inconstitucionalidad.**
   - **C) Recurso de amparo constitucional.**
     - a) Inadmisión por falta de legitimación activa de dos diputadas de asamblea regional al no contar con el apoderamiento del grupo parlamentario (art. 42 LOTC).
     - b) Admisibilidad de la demanda. Especial relevancia constitucional [art. 50.1.b) LOTC).
3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.
   - **A) Ferrocarriles (art. 149.1.21.ª CE): flexibilización del criterio territorial (vías férreas que discurren dentro de la Comunidad) para ampliar el alcance de las competencias autonómicas. Nulidad de la disposición legal que define la red ferroviaria de interés general por relación a las infraestructuras ferroviarias explotadas por organismos dependientes de la Administración del Estado.**
   - **B) Competencias en materia de educación (art. 149.1.30.ª CE). Límites a la creación por el Estado de universidades.**
   - **C) Competencias en el procedimiento de aprobación de planes en materia de aguas (art. 149.1.22.ª CE) y de puertos de interés general (art. 149.1.20.ª CE).**
   - **D) Bases de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª CE) y bases del régimen energético (art. 149.1.25.ª CE): carácter básico de la norma estatal que persigue incrementar la competencia en el mercado de las estaciones de servicio. Vulneración de las competencias autonómicas en materia de urbanismo: el legislador estatal no puede recurrir a técnicas propiamente urbanísticas.**
   - **E) Inconstitucionalidad mediata. Legislación autonómica que contradice la norma básica estatal en materia de régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18.ª CE) y de ordenación de los seguros (art. 149.1.11.ª CE). Nulidad de una disposición de la Ley de enjuiciamiento civil por discrepancia con la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de Administración de Justicia (art. 149.1.5.ª CE).**
   - **F) Telecomunicaciones (art. 149.1.21.ª CE) y normas básicas sobre televisión (art. 149.1.27.ª CE): la Administración del Estado no es competente para ejercer potestades de ejecución sobre emisión en cadena de televisiones locales cuando estas actividades se desarrollen en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.**

G) Legislación laboral (art. 149.1.7.ª CE): régimen de las empresas de inserción, directrices de los certificados de profesionalidad, formación continua de los trabajadores ocupados y notificación de los accidentes de trabajo. Extensión del título «legislación laboral» y atribución al Estado de potestades de ejecución.

H) Hacienda general (art. 149.1.14ª CE) y competencias tributarias del Estado: establecimiento de ventajas tributarias para los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad.

I) Subvenciones en materia de asistencia social. Competencia del Estado para regular los aspectos centrales del régimen subvencional: ¿una revisión tácita y poco motivada de la jurisprudencia previa? Reglamentos estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de las subvenciones.

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se toman como objeto de estudio las 82 sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en el cuarto trimestre del 2012. De estas 82 sentencias, 26 son recursos de inconstitucionalidad, 7 cuestiones de inconstitucionalidad, 38 recursos de amparo constitucional y 10 conflictos positivos de competencia. Destacan de manera clara el gran número de recursos de inconstitucionalidad que resuelven problemas competenciales. Respecto de los recursos de amparo, es interesante apuntar que, de los 38 resueltos, 13 fueron inadmitidos en la fase de dictar sentencia, por adolecer de defectos procesales, principalmente por falta de agotamiento de la vía judicial previa, por extemporaneidad y por ausencia de justificación de la especial trascendencia constitucional (SSTC 178/2012, de 15 de octubre; 176/2012, de 15 de octubre). 5 de los recursos de amparo fueron desestimados y el resto, 20, fueron estimados. Los derechos fundamentales más alegados fueron la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (art. 18 CE), a la libertad (art. 17 CE) y a la participación en asuntos públicos (art. 23.2 CE).

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

Las Normas de gobierno interior de un Parlamento Autonómico no ostentan carácter de norma con fuerza de ley y por tanto no son objeto de un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad: STC 183/2012, de 17 de octubre.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el apartado 1 de la disposición transitoria primera, de las Normas de gobierno interior del Parlamento de Canarias aprobadas por la Comisión de Reglamento sobre una asunto de personal de la Cámara autonómica. Aplicando la doctrina sentada en

la STC 139/1988, de 8 de julio, el Pleno del Tribunal descarta que las Normas de gobierno interior y, por tanto, la disposición transitoria primera impugnada en esta cuestión de inconstitucionalidad tengan fuerza de ley, al entender que no existe una reserva en el Estatuto de Autonomía de Canarias a favor del estatuto del personal del Parlamento por lo que no puede predicarse de las Normas de gobierno interior su carácter primario o directamente derivado del Estatuto de Autonomía. En consecuencia, carecen de la condición de norma con fuerza y valor de ley y, por tanto, no encuentran acomodo en el art. 27.2.e) LOTC.

C) Recurso de amparo constitucional

a) Inadmisión por falta de legitimación activa de dos diputadas de asamblea regional al no contar con el apoderamiento del grupo parlamentario (art. 42 LOTC)

En la STC 168/2012, de 4 de octubre, la Sala Primera del TC desestima el recurso de amparo planteado por doña Carmen Menéndez González-Palenzuela y doña Rosa María Alcalá Chacón en calidad de diputadas del Grupo Parlamentario Socialista en la Asamblea Regional. A pesar de pretender actuar en nombre del Grupo Parlamentario Socialista, realmente actuaron a título individual al no contar con el apoderamiento del Grupo Parlamentario. Por ello, el Tribunal Constitucional estima su falta de legitimación activa para interponer el recurso de amparo (FJ 6).

b) Admisibilidad de la demanda. Especial relevancia constitucional [art. 50.1.b) LOTC]

1) Desarrollo de doctrina constitucional en materia de derechos fundamentales:

Derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral. Instalación y uso indebido de un programa de mensajería instantánea en un ordenador de uso compartido. Art. 18.1 CE y 18.3 CE; STC 241/2012, de 17 de diciembre.

La Sala Primera del TC desestima la vulneración de los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) alegado por una trabajadora que instaló y utilizó un programa de mensajería instantánea en un ordenador de uso compartido por todos los trabajadores. Esta práctica estaba expresamente prohibida por la empresa, con lo que, unido a la voluntariedad de la trabajadora de utilizarlo en un ordenador accesible a todo el personal de la empresa, lleva al Alto Tribunal a no apreciar la vulneración de ninguno de los derechos alegados, sin darle especial importancia a que entre las conversaciones realizadas se encontraban críticas y expresiones vejatorias a trabajadores, clientes y superiores de la empresa. En este tipo de recursos de amparo, en los que se admite a trámite pero se desestima la vulneración de un derecho fundamental, queda patente la diferenciación entre la existencia de la especial relevancia constitucional del recurso y la vulneración de un derecho fundamental. En este caso, el Alto Tribunal admite el recurso de amparo por contener una cuestión novedosa, pero lo desestima al no apreciar ninguna vulneración de los derechos fundamentales.

Tutela judicial efectiva sobre extradición de ciudadano español a país extranjero con el que no exista tratado de extradición. Art. 24.1 CE: STC 232/2012, de 13 de diciembre; STC 206/2012, de 12 de noviembre; STC 205/2012, de 12 de noviembre.

En un caso sobre la extradición de un ciudadano originariamente egipcio pero con nacionalidad española, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional desarrolla doctrina constitucional para evitar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en supuestos de extradición en los supuestos que se den las siguientes circunstancias: cuando el demandado de extradición haya obtenido la ciudadanía española y hubiera renunciado a su ciudadanía originaria (a pesar de que con posterioridad la haya podido utilizar como es el caso; sin embargo, las autoridades españolas no hicieron nada al respecto, como marca el art. 25.2 CC para los supuestos de falsedad, ocultación y fraude); cuando no exista convenio de extradición entre España y, en este caso, la República Árabe de Egipto.

La utilización de expresiones coloquiales no son motivo de inadmisión de una demanda. Art. 24 .1 CE: STC 231/2012, de 10 de diciembre.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional sentencia que la utilización de expresiones coloquiales utilizadas en una demanda no incumple ningún requisito procesal exigible ni requiere de subsanación alguna. La inadmisión de la demanda por este motivo supone un excesivo formalismo incompatible con el canon reforzado del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), puesto que la legislación procesal no ha incluido este motivo entre los específicamente tasados de inadmisión. De la misma forma el Alto Tribunal aclara que este supuesto es distinto a la utilización de expresiones injuriosas o descalificadoras en la demanda, que faltaría al debido respeto a la autoridad judicial, cuya inadmisión estaría justificada.

Doctrina constitucional sobre la caducidad en relación con la tutela judicial efectiva. Art. 24.1 CE, STC 220/2012, de 26 de noviembre.

La Sala Segunda estima que la decisión judicial recurrida llevó a cabo una interpretación de la institución de la caducidad excesivamente formalista y desproporcionada, tendiendo como consecuencia jurídica impedir un pronunciamiento sobre el fondo de una pretensión en la que, además, se denunciaba la lesión de un derecho fundamental. El Alto Tribunal estima que en el presente caso la aplicación de la institución de la caducidad no ha guardado la debida proporcionalidad entre los fines que esta institución persigue de posibilitar el conocimiento temporáneo del ejercicio de la acción y los intereses que se sacrifican de impedir un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión deducida. Por ello, otorga el amparo solicitado al entender que la decisión judicial impugnada resultó excesivamente rigorista y contraria al principio *pro actione*, vulnerándose por ello el art. 24.1 CE.

Subsanabilidad de la constitución de depósito para la apelación. Art. 24.1 CE: STC 218/2012, de 26 de noviembre; STC 203/2012, de 12 de noviembre; STC 190/2012, de 29 de octubre; STC 180/2012, de 15 de octubre.

La entidad recurrente en amparo formuló recurso de apelación contra sentencia de primera instancia sin adjuntar el justificante de abono de la tasa exigida en el art. 35.7.2 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. El Juzgado, sin requerir de subsanación, dictó providencia teniendo por presentada la apelación, admitiéndola en ambos efectos y dando traslado a la parte contraria. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz dictó Sentencia por la que se desestimaba, sin entrar en el fondo del asunto, el recurso de apelación de la entidad recurrente. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional entiende que se vulnera el derecho fundamental a

la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso al recurso (art. 24.1 CE) por falta de requerimiento de subsanación, esto es, la Audiencia Provincial de Badajoz debió dar previamente a la recurrente la posibilidad de subsanar el defecto procesal, junto con la actuación del órgano judicial de primera instancia, que tampoco le advirtió del plazo de subsanación que prevé el art. 35, apartado 7.2, de la Ley 53/2002 —y que, por tanto, no lo otorgó—, debe considerarse lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previstos. La STC 180/2012, de 15 de octubre, insiste simplemente en el carácter de subsanable de la falta de constitución de este depósito.

Asistencia jurídica gratuita. Art. 24.1 CE: STC 204/2012, de 12 de noviembre.

En un procedimiento sobre expulsión del territorio nacional de un extranjero, el recurrente solicitó asistencia jurídica gratuita por insuficiencia de medios económicos. Mientras pendía la resolución de la comisión de asistencia jurídica gratuita, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 28 de Madrid inadmitió un recurso de apelación del demandante en amparo por no acompañar el justificante del pago del depósito exigido por la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) o no haber acreditado en plazo el reconocimiento del derecho de justicia gratuita. El Tribunal Constitucional entendió que, al haber sido solicitada la asistencia jurídica gratuita dentro del plazo y al haber actuado diligentemente advirtiendo al órgano jurisdiccional que la petición estaba pendiente, la decisión del Juzgado fue manifiestamente irrazonable al inadmitir el recurso de apelación y por tanto lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso al recurso.

2) Admisión para aclarar el sentido y alcance de la doctrina constitucional:

Elecciones a rector de Universidad. Art. 23.2 CE: STC 192/2012, de 29 de octubre.

En la STC 192/2012, de 29 de octubre, el Tribunal Constitucional conoce del recurso de amparo sobre la elección a Rector de la Universidad Rey Juan Carlos alegando expresamente (FJ 2) que el caso le daba la ocasión para aclarar el sentido y alcance de su doctrina respecto de las elecciones a rector de universidad y el art. 23.2 CE «más allá también de la ausencia de precedente en nuestra jurisprudencia sobre el cargo de rector», o de la incidencia que en la universidad afectada habría de tener que quien fue elegido rector por la comunidad universitaria debiese cesar en el cargo en virtud del pronunciamiento judicial impugnado. Podría decirse, en nuestra opinión, que este recurso de amparo se admite, más que para aclarar la doctrina sobre 23.2 CE, para confundirla.

3) Vulneración sistemática de un derecho fundamental por los poderes públicos.

Secreto de comunicaciones del recluso en el ámbito penitenciario (art. 18.3 CE): STC 230/2012, de 10 de diciembre.

En un caso sobre vulneración de comunicaciones entre un recluso penitenciario y el órgano judicial por parte de la administración penitenciaria, la Sala Primera admite a trámite y estima la vulneración del art. 18.3 CE con un objetivo: evitar que actuaciones semejantes se sigan produciendo», recalcando que la doctrina al respecto es inequívoca: las comunica-

ciones entre los reclusos y la autoridad judicial, se envíen en sobre cerrado o abierto, están siempre amparadas por el derecho que el art. 18.3 CE garantiza (FJ 4).

4) Aplicación errónea de la jurisprudencia constitucional: STC 201/2012, de 12 de noviembre.

Inaplicación improcedente de ley postconstitucional por parte de un órgano jurisdiccional: STC 187/2012, de 29 de octubre.

A juicio del Tribunal Constitucional, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo incurrió en exceso de jurisdicción *ex* art. 163 CE y concordantes sobre el control de leyes, que además resultó lesiva de las garantías del proceso debido y que provocó indefensión de la recurrente en amparo (art. 24.1 y 24.2 CE). El órgano judicial inaplicó una ley postconstitucional vigente (concretamente la disposición transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, en la redacción dada por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre) y, en su lugar, aplicó el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, fundamentándolo en la aplicación de la cláusula de prevalencia del Derecho estatal *ex* art. 149.3 CE.

5) Otros supuestos.

El Tribunal Constitucional admite a trámite una serie de recursos de amparo en los que no es fácil identificar un único supuesto señalado por la STC 155/2009. A pesar de que no lo afirma explícitamente el Alto Tribunal, desde nuestro punto de vista insistimos en que se están admitiendo a trámite recursos de amparo basados, quizá no únicamente pero sí de manera principal, en el posible perjuicio que se le puede causar al recurrente de no admitirlos a trámite. Son paradigmáticos los recursos en los que se alega la vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), como *la STC 182/2012, de 17 de octubre*, en la que la Sala Primera del Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de amparo planteado por una reclusa que alegó la vulneración de su derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), así como a un proceso con todas las garantías y uso de los medios pertinentes de prueba para la defensa (art. 24.2 CE), al haber acordado el sobreseimiento y archivo provisional de unas diligencias penales incoadas por una denuncia de torturas, sin haberse practicado las diligencias que podrían haber sido relevantes para la adopción de una decisión de esas características. Sin embargo, el Alto Tribunal desestimó el amparo al apreciar que los órganos jurisdiccionales sí habían obrado con la diligencia necesaria. La doctrina aplicable al caso es constante y firme durante décadas por parte del Tribunal Constitucional. Además, finalmente el recurso es desestimado. Por todo ello, nos inclinamos a creer que al Tribunal le mueve un afán de protección de este derecho por encima de la función objetiva del recurso de amparo. Otros ejemplos, quizá más discutibles, pero que afectan a la libertad personal del recurrente serían la STC 169/2012, de 4 de octubre, sobre la expulsión del país del recurrente que alega la vulneración de las debidas garantías en el proceso (art. 24.2) en el trámite administrativo de expulsión del país; o las SSTC 229/2012, de 10 de diciembre, y 193/2012, de 29 de octubre, en las que el Tribunal insiste en la interpretación de cómputo de pena de prisión (art. 58 CP) realizada en la STC 57/2008, de 28 de abril, y estima la vulneración del art. 17.1 CE por la decisión del órgano judicial al resultar una pena de mayor duración que la resultante de aplicar la doctrina constitucional.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

No hemos incluido tres Sentencias sobre límites de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas derivados de la prohibición de doble imposición (STC 196/2012, de 31 octubre; STC 208/2012, de 14 noviembre, y STC 210/2012, de 14 noviembre). Tampoco ampliaremos la información sobre la STC 172/2012, de 4 de octubre, en la que se declara constitucional el precepto estatal que regula el hecho imponible de la tasa sobre rifas, porque reitera cuestiones que el Tribunal ya había resuelto en Sentencias anteriores (principalmente en la STC 162/2012, de 20 de septiembre, pero también en la STC 35/2012, de 15 de marzo, y en la STC 83/2012).

También excluimos la STC 225/2012, de 29 de noviembre, que resuelve un conflicto de competencias sobre ayudas estatales para la formación de personal al servicio de las Administraciones locales. La Sentencia aplica la jurisprudencia previa sobre la materia (la STC 13/1992 en relación con la potestad subvencional del Estado, y la STC 228/2003 específicamente sobre la potestad subvencional del Estado en materia de formación continua en las Administraciones Públicas).

Tampoco contienen doctrina novedosa varias Sentencias en materia educativa. La STC 184/2012, de 17 de octubre, y varias posteriores (SSTC 212, 213 y 214/2012, de 14 de noviembre), que desestiman íntegramente los recursos de inconstitucionalidad contra la de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación (derogada en su totalidad por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación). Lo mismo sucede con la STC 207/2012, de 14 de noviembre, que anula el Real Decreto 1640/1999, de 22 de octubre, por regular con excesivo detalle el desarrollo de la prueba de acceso a los estudios universitarios.

Quedan fuera de la crónica, por último, las SSTC 181/2012, de 15 de octubre, y 191/2012, de 29 de octubre, en las que se declara el carácter supletorio del régimen de permisos contenido en la Ley del estatuto básico del empleado público para el personal de las Administraciones autonómicas (el problema tiene que ver con el permiso de reducción de jornada por guarda legal).

A) Ferrocarriles (art. 149.1.21.ª CE): flexibilización del criterio territorial (vías férreas que discurren dentro de la Comunidad) para ampliar el alcance de las competencias autonómicas. Nulidad de la disposición legal que define la red ferroviaria de interés general por relación a las infraestructuras ferroviarias explotadas por organismos dependientes de la Administración del Estado

La STC 245/2012, de 18 de diciembre, delimita el alcance de las competencias autonómicas sobre ferrocarriles en relación con los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por varias instituciones autonómicas (la Junta de Extremadura, el Parlamento de Cataluña, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, la Diputación de Aragón y la Junta de Castilla y León) en relación con diversos preceptos de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario. La Sentencia también analiza, además de las competencias sobre ferrocarriles, la posible invasión de otros títulos autonómicos en materia de transporte, seguridad industrial y urbanismo.

El Tribunal Constitucional sostiene que el objeto de las competencias autonómicas sobre ferrocarriles debe ser acotado por la concurrencia de una doble condición: la competencia autonómica se proyecta sobre tramos o partes de las vías férreas que, aunque nazcan o mueran fuera de la Comunidad en su itinerario total, discurren dentro de la Comunidad (condición positiva), siempre que el tramo en cuestión no forme parte de una infraestructura ferroviaria considerada de interés general por el Estado (condición negativa). El Tribunal Constitucional utiliza el criterio del interés (tomado de los títulos competenciales en materia de obras públicas) para flexibilizar el rígido criterio territorial que se derivaría en materia de ferrocarriles de una lectura literal del art. 149.1.21.ª CE y de los Estatutos de Autonomía. La Sentencia argumenta que este entendimiento literal «conduciría a que las competencias autonómicas quedarían reducidas a muy pocas infraestructuras ferroviarias, únicamente las que por tener sus puntos de origen y destino en la Comunidad Autónoma carecieran de conexión con las de otra Comunidad Autónoma». Esta solución sería disfuncional, a juicio del Tribunal Constitucional, porque incentivaría el desarrollo aislado de las infraestructuras ferroviarias, mientras que la utilidad general está en fomentar «la conveniente interconexión e interoperabilidad entre las distintas redes férreas».

El Tribunal sólo declara la inconstitucionalidad de la disposición adicional novena, apartado primero, de la citada Ley 39/2003, que define la red ferroviaria de interés general por relación a las infraestructuras ferroviarias explotadas por organismos dependientes de la Administración del Estado, sin distinguir aquellas que puedan ser de interés general de las que no lo sean. La Sentencia efectúa una interpretación conforme de algunos de los preceptos impugnados para salvar su validez. El voto particular, que formula la Magistrada Adela Asua, critica que estas declaraciones de interpretación conforme no se hayan llevado al fallo y defiende que en varios casos debió optarse por una declaración de inconstitucionalidad.

B) Competencias en materia de educación (art. 149.1.30.ª CE). Límites a la creación por el Estado de universidades

La STC 223/2012, de 29 de noviembre, analiza el recurso interpuesto por el Parlamento de Andalucía en relación con la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades (ampliamente modificada por la Ley Orgánica 4/2007). La Sentencia respalda, pero a la vez delimita por vía interpretativa, la competencia del Estado para crear universidades públicas y reconocer universidades privadas por Ley de las Cortes Generales (art. 4.1, en conexión con la disposición adicional primera). La Sentencia destaca que el precepto impugnado no atribuye una competencia ejecutiva al Estado en régimen de concurrencia con las Comunidades Autónomas. Sólo las Comunidades Autónomas son competentes para la creación de universidades de ámbito e interés autonómico. El ejercicio de la competencia estatal debe estar vinculado con las necesidades de programación de la enseñanza universitaria (art. 149.1.30 en relación con el art. 27.5 CE) y con la función de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15 CE). El Tribunal, que cita como precedente la STC 26/1987, señala que el Estado —si ejerce esta potestad de crear nuevas universidades públicas— «deberá justificar la directa relación, o adecuación de la medida adoptada, a las concretas necesidades de la programación de la enseñanza y fomento de investigación a las que ésta sirve, lo cual, habida cuenta del rango legal de la ley de creación, podrá ser controlado por este Tribunal». La Magistrada Adela Asua formula un voto particular en el que defiende la inconstitucionalidad del precepto.

La Sentencia analiza otros aspectos de la Ley Orgánica de Universidades: la exención de ley de reconocimiento para las universidades de la Iglesia católica (sobre este tema formula un voto particular el Magistrado Luis Ortega), la posibilidad de regulación autonómica sobre los institutos universitarios y la obligación de las Comunidades Autónomas de comunicar su programación de la oferta de plazas al Consejo de Coordinación Universitaria para su estudio y determinación de la oferta general de enseñanzas y plazas.

C) Competencias en el procedimiento de aprobación de planes en materia de aguas (art. 149.1.22.ª CE) y de puertos de interés general (art. 149.1.20.ª CE)

La STC 195/2012, de 31 de octubre, tiene como objeto la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. La Sentencia contiene un pronunciamiento interpretativo, que se lleva al fallo, en relación con la redacción que la Ley 11/2005 da al apartado 1.a) de la disposición adicional décima de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional (artículo único, apartado 15, de la Ley 11/2005). Este precepto dispone la inserción de los caudales ambientales incluidos en el plan integral de protección del Delta del Ebro, que son fijados de común acuerdo por el Estado y la Generalitat, en el plan hidrológico de la cuenca del río Ebro. Para acomodar el precepto legal al art. 149.1.22.ª CE, el Tribunal Constitucional apostilla que el precepto legal impugnado debe interpretarse en el sentido de que el plan integral de protección del Delta del Ebro no modifica *per se* el plan hidrológico, sino que «sólo se integrará en el mismo, y adquirirá en consecuencia el valor vinculante que le otorga la legislación de aguas, en la medida en que sea aprobada su revisión a través del mismo cauce procedimental y con la intervención de los mismos órganos que están previstos para cualquier otra revisión».

En el mismo sentido, se dictan también las SSTC 239/2012 y 240/2012, ambas de 13 de diciembre.

La STC 216/2012, de 14 de noviembre, declara la constitucionalidad del art. 38 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general (derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de puertos del Estado y de la marina mercante). La Sentencia considera que la regulación legal, en la que se atribuye al Estado la facultad de aprobar el plan director de infraestructuras del puerto, respeta las competencias autonómicas, porque prevé la intervención de la Administración autonómica a través de la tramitación previa del expediente de evaluación de impacto ambiental y de la audiencia a la autoridad autonómica competente en materia de ordenación del territorio.

D) Bases de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª CE) y bases del régimen energético (art. 149.1.25.ª CE): carácter básico de la norma estatal que persigue incrementar la competencia en el mercado de las estaciones de servicio. Vulneración de las competencias autonómicas en materia de urbanismo: el legislador estatal no puede recurrir a técnicas propiamente urbanísticas

La STC 170/2012, de 4 octubre, avala el carácter materialmente básico de la norma estatal que regula la instalación de gasolineras en establecimientos comerciales (art. 3.1 del Real

Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios). El Tribunal Constitucional considera que los artículos 149.1.13.ª y 25.ª CE habilitan al legislador estatal para adoptar medidas que tengan como finalidad introducir una mayor liberalización en el mercado de las estaciones de servicio.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional declara que la norma estatal [el apartado a) de la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 6/2000] que establece que el espacio que ocupen las estaciones de servicio «no computará a efectos de volumen edificable ni de ocupación» invade las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de urbanismo. El Estado, en ejercicio de las competencias previstas en el art. 149.1 CE, puede condicionar las competencias autonómicas en materia urbanística, pero no puede recurrir a figuras y técnicas específicas de la ordenación urbana, como son las relativas al cómputo del volumen edificable o de ocupación.

Sobre el mismo objeto, se pronuncia también la STC 233/2012, de 13 diciembre.

E) Inconstitucionalidad mediata. Legislación autonómica que contradice la norma básica estatal en materia de régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18.ª CE) y de ordenación de los seguros (art. 149.1.11.ª CE). Nulidad de una disposición de la Ley de enjuiciamiento civil por discrepancia con la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de Administración de Justicia (art. 149.1.5.ª CE)

Hay dos Sentencias en las que el Tribunal Constitucional declara la nulidad de normas autonómicas por contradecir las normas básicas estatales:

La STC 197/2012, de 6 de noviembre, aprecia contradicción entre la regulación autonómica que atribuye carácter irrenunciable al complemento específico del personal facultativo del servicio autonómico de salud (Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales) y la norma básica estatal (art. 77.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud).

La STC 215/2012, de 14 de noviembre, anula varios artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2003, de 13 de junio, de mutualidades de previsión social, por contradecir la normativa básica del Estado (establecida primero en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, y posteriormente en el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre). El carácter básico de la citada legislación estatal fue examinado en la STC 173/2005, de 23 de junio.

La STC 224/2012, de 29 noviembre, anula el precepto legal estatal que atribuye al Ministerio de Justicia la potestad de creación de las oficinas de señalamiento inmediato (apartado 1 de la disposición adicional quinta de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en la versión establecida por la disposición adicional duodécima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre). El motivo es la contradicción que se produce entre el precepto impugnado, que no tiene carácter de ley orgánica (forma parte del contenido adicional y tiene como finalidad modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil), y lo dispuesto en el art. 438.3 LOPJ, que forma parte del bloque de la constitucionalidad para establecer

el deslinde de atribuciones entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de Administración de justicia.

F) Telecomunicaciones (art. 149.1.21.ª CE) y normas básicas sobre televisión (art. 149.1.27.ª CE): la Administración del Estado no es competente para ejercer potestades de ejecución sobre emisión en cadena de televisiones locales cuando estas actividades se desarrollen en el territorio de más de una Comunidad Autónoma

La STC 235/2012, de 13 de diciembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. El carácter pluridisciplinar de la ley recurrida hace que el recurso afecte a ámbitos competenciales de muy diverso orden. Nos referiremos únicamente a la parte de la Sentencia relacionada con las modificaciones que la Ley de acompañamiento introduce en la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de televisión local por ondas terrestres (derogada por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual).

La Sentencia confirma la competencia del Estado para distribuir los ámbitos de cobertura de la televisión local sobre la base de criterios de población, al amparo de la competencia del Estado para dictar las normas básicas del régimen de la televisión (art. 149.1.27.ª CE), y para adoptar la planificación técnica en materia de televisión digital local, en virtud de la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones (art. 149.1.21.ª CE).

Por el contrario, la Sentencia declara inconstitucionales y nulos algunos incisos de la Ley 41/1995 en los que se regula la emisión en cadena de televisiones locales (arts. 7.4, 7.5 y 17 de la Ley 41/1995, en la redacción dada por el art. 109, apartados 4, 5 y 7, de la Ley 53/2002). El Tribunal Constitucional declara que el legislador estatal ha invadido las competencias autonómicas de ejecución en materia de televisión al atribuir al Estado potestades de autorización, control y sanción en relación con las televisiones locales por ondas terrestres. La Sentencia rechaza que los efectos supraautonómicos de las prácticas sometidas a autorización y control pueda abrir un espacio a la intervención del Estado.

G) Legislación laboral (art. 149.1.7.ª CE): régimen de las empresas de inserción, directrices de los certificados de profesionalidad, formación continua de los trabajadores ocupados y notificación de los accidentes de trabajo. Extensión del título «legislación laboral» y atribución al Estado de potestades de ejecución

Encontramos este cuatrimestre cuatro Sentencias que analizan la distribución de competencias en materia laboral: STC 194/2012, de 31 de octubre; STC 211/2012, de 14 de noviembre; STC 228/2012, de 29 de noviembre; y STC 244/2012, de 18 de diciembre.

Un primer problema que se plantea es la delimitación de la materia «legislación laboral». La STC 228/2012 clasifica la regulación del régimen de las empresas de inserción (aquellas que tienen como finalidad facilitar el empleo de los trabajadores en situación de exclusión social) dentro de la competencia del Estado de «legislación laboral» frente al argumento de la Comunidad Autónoma que defendía su inclusión en la materia de asistencia

social. El voto particular de la Magistrada Adela Asua critica que se produce una «desmesurada extensión del título estatal previsto en el citado art. 149.1.7 CE». En relación con este mismo problema, la STC 194/2012, de 31 de octubre, encuadra el conflicto de competencias que tiene como objeto las directrices de los certificados de profesionalidad (Real Decreto 1506/2003, de 28 de noviembre) dentro del ámbito laboral, en detrimento de la materia «educación» que había alegado la Generalitat de Cataluña, por lo que considera que el Estado tiene competencia legislativa plena.

En segundo lugar, las Sentencias analizan la atribución a la Administración del Estado del ejercicio de determinadas funciones de carácter ejecutivo.

La STC 194/2012 declara inconstitucional tan sólo el apartado de la norma que prevé que una orden ministerial regule el funcionamiento de las comisiones de evaluación encargadas de emitir los certificados de profesionalidad, por considerar que vulnera las competencias de organización administrativa de la Generalitat de Cataluña.

La STC 228/2012 declara inconstitucional la disposición transitoria tercera, que habilitaba al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para ejercer las funciones de calificación y registro de las empresas de inserción «hasta que las Comunidades Autónomas estén en disposición de ejercerlas». El Tribunal Constitucional considera que el legislador estatal no puede acudir a la supletoriedad para justificar una actuación administrativa en un ámbito de competencia autonómica.

La STC 211/2012, de 14 de noviembre, considera que la competencia legislativa del Estado en materia laboral y de seguridad social no alcanza a la imposición cerrada de un único modelo de impreso de notificación de accidentes de trabajo para la totalidad del territorio, pues dicha facultad, así como la relativa a la recepción de las comunicaciones, pertenece al ámbito de las competencias de ejecución que corresponden a la Comunidad Autónoma de Cataluña.

En cambio, esta misma Sentencia considera que forma parte de la competencia estatal la determinación del procedimiento electrónico común para la transmisión de los datos sobre accidentes de trabajo por las diferentes Administraciones autonómicas al Ministerio de Trabajo. El Tribunal Constitucional considera que la aprobación del programa informático que deben utilizar las Comunidades Autónomas para transmitir al Estado los datos relativos a los accidentes de trabajo que les sean notificados «constituye manifestación de una competencia estatal de coordinación general».

H) Hacienda general (art. 149.1.14.ª CE) y competencias tributarias del Estado: establecimiento de ventajas tributarias para los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad

La STC 236/2012, de 13 de diciembre, confirma la constitucionalidad del art. 1.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. La Sentencia precisa que el objeto de la controversia es el establecimiento de determinadas ventajas tributarias para los patrimonios protegidos creados al amparo de la Ley 41/2003. Esto lleva al Tribunal a encuadrar el conflicto dentro del ámbito de las competencias tributarias (art. 149.1.14.ª CE). El conflicto no se suscita, según el Tribunal Constitucional, en

torno al ejercicio de la competencia legislativa para regular la figura del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, lo que remitiría al problema de la concurrencia de competencias del Estado y de Cataluña en materia de legislación civil.

I) Subvenciones en materia de asistencia social. Competencia del Estado para regular los aspectos centrales del régimen subvencional: ¿una revisión tácita y poco motivada de la jurisprudencia previa? Reglamentos estatales que vulneran las competencias autonómicas de gestión de las subvenciones

El Tribunal Constitucional resuelve cinco conflictos de competencias sobre subvenciones estatales en materia de asistencia social. Se trata de tres Sentencias de la Sala Segunda (SSTC 173/2012 y 177/2012, ambas de 15 de octubre, y la STC 243/2012, de 17 de diciembre) y dos del Pleno (SSTC 226/2012 y 227/2012, de 29 de noviembre). El Tribunal Constitucional recuerda la jurisprudencia iniciada en la STC 13/1992 para afirmar que el Estado puede asignar fondos presupuestarios y repartirlos entre las Comunidades Autónomas, pero que es competencia autonómica todo lo relativo a la regulación del procedimiento de concesión y a la gestión de las ayudas (la tramitación, resolución y pago de las subvenciones). Las Sentencias añaden, y aquí está el aspecto más importante en la fundamentación jurídica, que «en la concreta materia de asistencia social debemos tener presente además nuestra reciente doctrina sobre el alcance de la potestad subvencional estatal». Según esta «reciente doctrina» —que parece iniciarse con la STC 178/2011, de 8 de noviembre— el Tribunal Constitucional considera que pertenece a la esfera de la competencia estatal «la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional», entre los que se incluyen los siguientes elementos: objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de éstas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso. La Magistrada Adela Asua formula voto particular en las SSTC 226/2012 (al que se adhiere el Magistrado Luis Ortega) y 227/2012 (en esta última se da la circunstancia de que la misma Magistrada es ponente de la Sentencia). El voto particular señala que el Tribunal ha introducido, a partir de la STC 178/2011, una modulación implícita (también se habla de una revisión tácita) de la doctrina fijada en la STC 13/1992 en un sentido expansivo de la intervención del Estado. El voto particular afirma que «resulta preocupante la carencia de la imprescindible fundamentación jurídica que pueda explicar este inicio de cambio de orientación».

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA MACHETTI
RAÚL CANOSA USERA
ISABEL PERELLÓ DOMENECH
RAFAEL BUSTOS GISBERT
ENCARNA CARMONA CUENCA
MARÍA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL
JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO
MARÍA DÍAZ CREGO
ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ
IGNACIO GARCÍA VITORIA
MARIO HERNÁNDEZ RAMOS
MIGUEL PÉREZ MONEO AGAPITO
MÓNICA ARENAS RAMIRO
YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS
ROBERTO ROSINO CALLE

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

A) Introducción.

B) Derecho a la vida (art. 2 CEDH): Programas de protección de testigos, exclusiones insuficientemente justificadas y riesgos para el derecho a la vida.

C) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH).

a) Prohibición de torturas (vertiente material y procesal); violación de presunción de inocencia (art. 6. 3 CEDH) y derecho a la no discriminación (art. 14 CEDH).

b) La utilización de medidas de contención de enfermos psiquiátricos como tratos inhumanos y degradantes.

D) Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4 CEDH): Obligación positiva de los Estados de prever una legislación nacional efectiva sobre prohibición de esclavitud.

E) Derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5 CEDH): detención y entrega a la CIA de un supuesto fundamentalista islámico (pluralidad de violaciones: arts. 2, 3, 8 y 13).

F) Derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH).

a) Aborto tras violación y obligaciones positivas del Estado de informar adecuadamente y garantizar la práctica por el sistema público de salud.

b) La denegación de acceso a documentación personal reservada lesiona el derecho a la vida privada.

c) La denegación de un tratamiento paliativo no previsto legalmente no lesiona el derecho a la vida ni supone un trato degradante.

d) Secreto profesional de los letrados y obligación de denunciar sospechas de comisión del delito de blanqueo de capitales por parte de sus clientes.

G) Art. 10. Libertad de expresión.

a) Límites a la libertad de expresión y relativismo cultural e histórico.

b) Secretos de Estado y protección de las fuentes de la información (arts. 10 y 8 del CEDH).

H) Protección de la propiedad (art. 1 Protocolo núm. 1 al CEDH).

a) Trato discriminatorio entre propietarios grandes y pequeños respecto de derechos de caza: no vulneración del art. 14 CEDH.

b) Pago de una indemnización por expropiación en tiempos de la Unión Soviética.

I) Derecho a la educación (art. 2 Protocolo núm. 1 al CEDH): El derecho a la educación en la lengua oficial del Estado en el que se recibe la enseñanza.

J) Libertad de movimiento (art. 2 Protocolo núm. 4 CEDH).

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

A) Derecho a vida privada y familiar (art. 7 CDFUE): Protección del menor y reagrupación familiar (arts. 7 y 24 CDFUE).

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A) Tutela Judicial Efectiva y garantías en los procesos (art. 24.1 y 2 CE).

a) Menoscabo del derecho a obtener una resolución sobre el fondo (art. 24. 1 CE) dado que el pronunciamiento judicial dependía de una dictamen favorable del Ministerio Fiscal.

b) Derecho de acceso a los recursos (art. 24.1 CE): interpretación judicial errada de la doctrina constitucional sobre las garantías procesales en fase de apelación.

c) Vulneración de la tutela judicial efectiva sin indefensión y del proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE) por exceso de jurisdicción por inaplicación de una ley (autonómica) postconstitucional sin plantear cuestión de inconstitucionalidad.

B) Principio de no discriminación por razón de filiación: el carácter «común» de los descendientes no es un elemento de diferenciación válido para reconocer un derecho de alimentos a cargo del usufructo vidual (art. 14 en relación al 39 CE).

C) Derecho a ejercer los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE): el cargo de Rector de una universidad pública está amparado por el art. 23.2 CE.

D) Derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE). La regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo es conforme a la Constitución, pues entra dentro del margen de apreciación del legislador.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

A) Derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE).

a) Vulneración del derecho al honor y sociedad de la información.

B) Derecho a la Libertad Sindical (art. 28.1 CE) en relación con el principio de igualdad.

C) Derecho a la huelga (art. 28.2 CE): determinación de los servicios mínimos esenciales.

D) Asilo (art. 13.4 CE).

a) Denegación del derecho de asilo por causas sobrevenidas.

b) Denegación de asilo: rechazo de aplicación del «Principio de no devolución».

---

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en los meses de octubre a diciembre de 2012; también de las mismas fechas, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relevantes en lo relativo a derechos fundamentales; del Tribunal Constitucional desde la STC 164/2012, de 1 de octubre, hasta

la STC 246/2012, de 20 de diciembre, y del Tribunal Supremo, de las Salas Primera y Tercera, dictadas entre octubre y diciembre de 2012.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

En los meses de octubre a diciembre de 1012 el TEDH dictó 396 sentencias sobre el fondo de los asuntos, incluidas sentencias dictadas por los Comités de 3 jueces, Salas y Gran Sala. Los Estados que más decisiones han generado han sido Turquía (47 STEDH), Polonia (39 STEDH), Rusia (36 STEDH), Bulgaria (27 STEDH) e Italia (25 STEDH).

Durante este período únicamente se han dictado **2 sentencias contra España**: asunto **Otamendi Egiguren contra España**, de 16 de octubre, y Caso **Vilanova Goterris y Llop García contra España**, de 27 de noviembre. En el primero de estos asuntos, España fue condenada por no cumplir con la obligación de investigación efectiva de unos malos tratos denunciados por un detenido por terrorismo, obligación que deriva del art. 3 CEDH en su vertiente procedimental. En el segundo de los supuestos, TEDH condena a España de nuevo por vulneración del art. 6.1 CEDH en relación con el incumplimiento de la obligación de celebrar vistas en segunda instancia cuando se traten cuestiones de hecho, y no sólo de Derecho, relativas a la culpabilidad del condenado en primera instancia. Son varias las sentencias del TEDH en este mismo sentido, aunque esta realidad sigue sin tener correcto acomodo en la legislación procesal penal española.

El TEDH sigue sacando provecho del método de resolución de causas de los «casos piloto». Siguiendo este método, el Tribunal dictó la sentencia **Glykantzi contra Grecia**, de 30 de octubre, en la que se reconoce a este Estado el plazo de un año para adoptar las medidas internas necesarias para poner fin a la excesiva duración de los procesos civiles, que ha devenido un problema estructural y supone una violación de los art. 6. 1 y art. 13 CEDH puesta ya de manifiesto por el propio Tribunal en distintas ocasiones. El otro caso piloto dictado por el Tribunal en este período es el asunto **Ališić y otros contra Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia y la antigua República Yugoslavia de Macedonia**, de 6 de noviembre de 2011. En esta sentencia el TEDH declaró responsables de una violación del derechos a la propiedad privada (art. 1 Protocolo núm. 1 al CEDH) a Serbia y Eslovenia por no haber admitido que los demandantes se colocaran en la situación de poder reclamar la devolución de sus ahorros en la «antigua» divisa; esta situación es un problema estructural, como demuestran las 1.650 demandas presentadas ante Estrasburgo. Los gobiernos serbio y esloveno cuentan con 6 meses de plazo para poner solución a tal situación.

De las restantes, las más importantes sentencias del período considerado son —a nuestro juicio—, las siguientes.

B) Derecho a la vida (art. 2 CEDH): Programas de protección de testigos, exclusiones insuficientemente justificadas y riesgos para el derecho a la vida

El Caso **R.R. y otros contra Hungría**, de 4 de diciembre de 2012, analiza un curioso supuesto de hecho en el cual un mafioso de nacionalidad serbia, involucrado en el tráfico

de drogas en Hungría, dio información a las autoridades policiales que permitió detener a otros mafiosos en el contexto de una negociación (*plea bargaining*). Los mafiosos amenazaron con vengarse con sangre y ofrecieron para ello una recompensa (*blood money*). Los familiares del recurrente, quien pasó a ser encarcelado, fueron puestos entonces bajo la protección de un programa de protección de testigos y colaboradores de la justicia. Más tarde dicha protección policial, que conllevaba el anonimato de los familiares mediante nuevas identidades, se interrumpió porque el actor rompió algunas de las reglas que regulaban el protocolo de actuación: al parecer, se comunicaba desde la cárcel con un teléfono móvil y un ordenador portátil. El TEDH utiliza como fuente externa la **Recomendación Rec(2005)9 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre protección de testigos** y concluye que las obligaciones positivas del Estado impedían la brusca exclusión del programa de protección, subsistiendo todavía un grave riesgo real para la vida de varias personas, basada en motivos administrativos y diferentes a ese riesgo.

C) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH)

a) Prohibición de torturas (vertiente material y procesal); violación de presunción de inocencia (art. 6.3 CEDH) y derecho a la no discriminación (art. 14 CEDH)

El asunto **Virabyan contra Armenia**, de 2 de octubre de 2012, merece ser destacado por diversos elementos. En primer lugar, en relación con el art. 3 CEDH, se trata de un nuevo asunto en el que el Tribunal debe verificar si el trato recibido durante una detención policial debe ser calificado como tortura y si, además, las autoridades internas llevaron a cabo las investigaciones pertinentes para esclarecer los hechos acaecidos durante la mencionada privación de libertad. En este caso el demandante alegó haber sido agredido brutalmente por diversos agentes durante su detención. Tanto es así que fue trasladado de las dependencias policiales al hospital donde fue tratado de contusiones graves en el pecho y donde le fue extirpado un testículo debido a los golpes recibidos. Así consta en los informes del hospital. Pese a estos documentos y a la detallada declaración del demandante, las autoridades policiales encargadas de investigar los hechos, que por cierto habían participado en los interrogatorios, trataron en todo momentos a sus compañeros policías siempre como testigos, nunca como objetos de investigación, e incluso como víctimas. Así, las denuncias reiteradas de tortura del Sr. Virabyan fueron desoídas en todo momento. Ante estos hechos, el Tribunal de Estrasburgo concluyó, en primer lugar, que los tratos recibidos por el demandante constituían tortura (art. 3 CEDH) y que, además, las autoridades nacionales también habían vulnerado la vertiente procesal del derecho a no sufrir torturas, puesto que nunca se llevó a cabo una investigación efectiva de los hechos denunciados.

Tanto es así que, en el procedimiento judicial subsiguiente que se abrió contra el Sr. Virabyan, el juez del caso prácticamente se limitó a ratificar las informaciones conseguidas por el instructor policial, sin llevar a cabo investigaciones complementarias. Ante esta circunstancia, el Tribunal Europeo concluyó que, asimismo, se había producido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del demandante (art. 6. 3 CEDH).

El tercer motivo para destacar este caso es la alegación planteada por el demandante de que su detención, tortura y posterior proceso tuvieron una motivación esencialmente

política. Así, mientras que la policía en sus declaraciones afirmó que la detención e interrogatorios se llevaron a cabo para investigar la utilización de un arma de fuego en un altercado, el demandante alegó que el hilo conductor de los interrogatorios fue su pertenencia a un determinado partido político. Esta alegación debe enmarcarse en un contexto histórico concreto, los meses de abril y mayo de 2004, donde en Armenia el propio TEDH había tenido ocasión de comprobar (STEDH **Hakobyan y otros contra Armenia**) que se había llevado a cabo una práctica policial de perseguir a determinados sujetos políticamente activos con la finalidad de desincentivar su participación y, en su caso, obtener determinadas informaciones. Si bien el TEDH en este caso concluye que cabe afirmar que la detención sí se llevó a cabo por motivos políticos, tiene dudas sobre el hecho de que la tortura viniera dada por razones discriminatorias, en este caso, por motivos ideológicos. Sin embargo, el Tribunal también aquí insiste en que las autoridades nacionales no hicieron ningún esfuerzo por investigar las alegaciones del Sr. Virabyan sobre la existencia de dicho trato discriminatorio, pese a la concurrencia de indicios contundentes de que tal trato pudiera haberse producido. Esta afirmación lleva al Tribunal a concluir que sí cabe atribuir a Armenia una violación del art. 14 CEDH en relación con el art. 3 CEDH por la falta de una investigación eficaz por las autoridades internas de que la tortura infligida al demandante se hubiera debido a un trato discriminatorio.

b) La utilización de medidas de contención de enfermos psiquiátricos como tratos inhumanos y degradantes

En el caso **Bureš contra República Checa**, de 18 de octubre de 2012, el TEDH analiza un caso de posibles tratos inhumanos y degradantes, que se presenta en un contexto un tanto especial. Los hechos enjuiciados se relacionan con la privación de libertad sufrida por un enfermo psiquiátrico en un centro psiquiátrico, después de que la policía le detuviera por pasear desnudo por la calle tras haber ingerido una dosis excesivamente elevada de los medicamentos que le habían sido recetados para su enfermedad mental. Durante su detención, el enfermo fue inmovilizado en varias ocasiones porque estaba inquieto o había intentado agredir al personal del centro psiquiátrico y, como consecuencia de las medidas de inmovilización utilizadas, sufrió una parálisis leve que le impidió durante varios años ejercer su profesión (violonchelista).

En este contexto, el TEDH analiza si las medidas de inmovilización utilizadas pueden considerarse un trato inhumano y degradante y, por tanto, una violación del art. 3 CEDH. A fin de responder a esta pregunta, el TEDH utiliza su jurisprudencia habitual sobre el uso de medidas de inmovilización en detenidos, desechando las alegaciones del Estado parte que consideraba aplicable al caso la jurisprudencia del TEDH sobre negligencias médicas. El TEDH subraya así que el caso objeto de estudio difiere de aquellos en los que un demandante sufre un perjuicio como consecuencia de un tratamiento médico consentido, en la medida en que lo relevante en este caso es si se daban las circunstancias que permitían a los empleados de un centro hospitalario público inmovilizar a un detenido, y, por tanto, la adecuación del uso de esas medidas a lo previsto por el art. 3 CEDH. Para el TEDH, la utilización de estas medidas en las concretas circunstancias del caso supuso una vulneración del art. 3 CEDH, ya que su jurisprudencia exige que la inmovilización de un detenido se utilice únicamente como medida de último recurso y siempre que sea estrictamente necesaria,

que no se prolongue más allá del tiempo que sea imprescindible y siempre que se efectúen controles periódicos para garantizar el bienestar del afectado por la medida.

Subrayaba, además, el TEDH que no se llevó un control periódico del estado del demandante mientras éste se encontraba inmovilizado y que el registro que se llevó de las medidas de inmovilización que sufrió el demandante aportaba tan escasos datos que resultaba prácticamente inoperante. De todo ello, cabía deducir la vulneración del art. 3 CEDH.

D) Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4 CEDH): Obligación positiva de los Estados de prever una legislación nacional efectiva sobre prohibición de esclavitud

En el caso **C.N. contra el Reino Unido**, de 13 de noviembre de 2012, una nacional de Uganda denuncia que tras llegar al Reino Unido de forma irregular —escapando de la situación de violencia sexual y física experimentada en su país— un familiar la obligó a trabajar como cuidadora de una pareja de ancianos iraquí, y que durante cuatro años estuvo recluida en el domicilio de los ancianos bajo la amenaza de ser denunciada a las autoridades, con su pasaporte retenido, y sin recibir ningún tipo de sueldo por su trabajo.

La denuncia a las autoridades nacionales tuvo lugar tras un accidente que la joven sufrió y que la obligó a ingresar en el hospital. A su salida, solicitó asilo y ayuda policial, y denunció que su actividad había sobrepasado las funciones típicas del servicio doméstico. Ante la negativa de las autoridades nacionales de conceder el asilo e investigar los hechos, y ante la inexistencia de una protección penal efectiva contra los trabajos forzosos en el Reino Unido, se denunció que se habían lesionado el artículo 4 (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado), el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) CEDH.

Las autoridades nacionales, por su parte, consideraron que no había pruebas suficientes para considerar, conforme a la normativa vigente en ese momento (Ley de Asilo e Inmigración de 2004) que se había producido un delito de trata de personas con fines de explotación. Único delito reconocido por aquel entonces en la legislación británica, que no reconocía el trabajo forzoso como tal.

Así las cosas, aunque el Reino Unido modificó en 2010 su normativa sobre esclavitud y servidumbre, calificándolos de delitos castigados incluso con pena de prisión, el TEDH consideró que, en el momento de producirse los hechos, el Reino Unido no había ofrecido una solución a la demandante y por ello concluyó que se había producido una lesión del artículo 4 CEDH, del artículo 8 CEDH y del artículo 13 CEDH al no existir en el Reino Unido una protección práctica y efectiva contra los trabajos forzosos.

El TEDH señaló que el presente caso guardaba semejanzas con el caso *Siliadin contra Francia*, de 26 de julio de 2005, donde se resaltó que el artículo 4 CEDH implicaba una obligación positiva para los Estados de penalizar y perseguir cualquier tipo de situación que mantuviera a una persona en una posición de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso. En este sentido, por el mero hecho de haberse producido la denuncia, las autoridades nacionales británicas deberían haber investigado los hechos. El hecho de no existir una legislación específica que criminalizara la servidumbre y que sólo estuviera encaminada a

analizar los casos de trata y explotación de personas, siendo ambos casos delitos diferentes, provocaba una situación de indefensión en los ciudadanos y, por lo tanto, una lesión del artículo 4 CEDH.

Similar conclusión alcanzó el TEDH en el asunto STEDH **C.N. y V. contra Francia,** de 11 de octubre, en que las demandantes eran dos jóvenes mujeres de Burundi.

E) Derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5 CEDH): detención y entrega a la CIA de un supuesto fundamentalista islámico (pluralidad de violaciones: arts. 2, 3, 8 y 13)

Se trata del asunto **El-Masri contra la ex-República Yugoslava de Macedonia**, sentencia de Gran Sala de 13 de diciembre de 2012

Analiza una demanda de un ciudadano alemán contra la ex-República Yugoslava de Macedonia denunciando haber sido detenido en secreto, interrogado y maltratado por sus supuestas relaciones con grupos islamistas, siendo conducido a un hotel para ser interrogado durante más de veinte días para posteriormente ser llevado al aeropuerto donde es embarcado por supuestos agentes de la CIA en un vuelo especial y conducido a un establecimiento secreto de detención en Afganistán donde permaneció durante 4 meses sufriendo malos tratos, hasta que es devuelto a Alemania vía Albania.

La sentencia utiliza una pluralidad de fuentes internacionales en torno al fenómeno de la desaparición forzosa de supuestos terroristas islámicos del propio Consejo de Europa, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la ex-República de Macedonia, del Comité de Naciones Unidas contra la tortura, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos… Declaraciones del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos del Hombre, Anmistía Internacional, Human Rigths Watch, Comité Internacional de la Cruz Roja, la propia CIA, jurisprudencia británica y americana, la actividad de las autoridades alemanas, la acción judicial sobre el asunto desarrollada en Estados Unidos y en la propia Macedonia… informaciones de prensa y hasta los cables diplomáticos difundidos por WikiLeaks.

En cuanto al fondo del asunto la corte comienza por recordar que en el procedimiento de la Convención no siempre se puede exigir una aplicación rigurosa del principio *affirmanti incumbit probatio*, sino que por el contrario en algunos asuntos cuando lo sucedido es conocido exclusivamente por las autoridades, corresponde a éstas ofrecer una explicación razonable y convincente, lo que sucede por ejemplo cuando se denuncia una desaparición y que en el caso concreto a pesar de la absoluta negativa del gobierno, el recurrente ha descrito de manera detallada, precisa y coherente todo lo sucedido y su relato se corrobora con un gran número de pruebas indiciarias como los registros de vuelo, los análisis médicos que atestiguan que ha estado en un país de Asia del sur y privado prolongadamente de alimentos… que lo convierten en creíble, sin que el Gobierno responsable haya introducido ningún elemento que permita poner en duda su credibilidad, por lo que considera que en este caso se debe invertir la carga de la prueba.

Por lo que analiza el asunto desde la violación del artículo 3 en sus aspectos procedimentales, en particular la ausencia de una investigación efectiva por el Estado, y concluye que se ha vulnerado el mencionado precepto.

En este punto es sin embargo interesante señalar que la Corte analiza también el asunto desde un aspecto utilizado con frecuencia en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, pero hasta donde tenemos conocimiento no en el europeo: la importancia del derecho a la verdad, es decir del derecho de la víctima y su familia, de las demás victimas en asuntos similares e incluso de la opinión púbica a conocer lo sucedido (191), extremo éste es criticado por uno de los votos concurrentes, suscrito, entre otros, por el Magistrado español Luis López Guerra por considerarlo innecesario.

También condena a Macedonia por vulneración material del artículo 3 en lo referente a la estancia en el hotel en su territorio, así como en el aeropuerto y por el envío del recurrente a un país en el que puede sufrir malos tratos.

Considera igualmente que la detención en el hotel en Macedonia ha carecido de las garantías exigidas por el artículo 5 del CEDH y constituye una violación particularmente grave, y que igualmente ha incumplido las obligaciones positivas del mencionado artículo al entregarlo a las autoridades americanas de manera que sufría un riesgo real de sufrir una violación flagrante de los derechos comprendidos en este artículo, así como de los aspectos procedimentales de este precepto al no realizar una investigación efectiva de las denuncias de desaparición ilegal, así como del derecho a la vida familiar, en cuanto ha sido privado durante todo el periodo de cualquier relación con su familia y, por fin, del artículo 13, en la medida en que el recurrente ha carecido de todo remedio efectivo de las vulneraciones alegadas.

Decisiones, todas ellas, adoptadas por unanimidad y que implican una indemnización de 60.000 euros para el recurrente.

F) Derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)

a) Aborto tras violación y obligaciones positivas del Estado de informar adecuadamente y garantizar la práctica por el sistema público de salud

En **P. & S. contra Polonia**, de 30 de octubre de 2012, el TEDH resuelve con una fuerte indemnización a favor de los recurrentes un caso particularmente sensible en materia de aborto. Las recurrentes son madre e hija menor de edad. P., la hija, quedó encinta como consecuencia de una violación debidamente denunciada ante la fiscalía tal y como ordena la legislación polaca para que pueda practicarse un aborto en este tipo de supuestos. Cuando las recurrentes acuden al hospital para que se practique el aborto comienza una historia digna de una película. Los médicos intentan convencerlas para que no se les practique el aborto, les llevan ante un sacerdote, se niegan a practicar el aborto y dan toda la información (incluidos nombres y circunstancias) a los periodistas; se trasladan a Varsovia y las cosas allí no mejoran, pues las presiones continúan sobre ellas, de hecho son acosadas por grupos antiaborto, detenidas por la policía y separadas por los servicios sociales (por considerar que la madre ejercía una influencia negativa en su hija), hasta que finalmente, en Gdansk, a más de 500 km de su casa, se practica el aborto.

EL TEDH, con un solo voto disidente, aprecia violaciones de varios derechos del Convenio. En primer lugar, y en relación al aborto, violación del art. 8 porque el derecho legalmente reconocido a la práctica de un aborto en caso de violación encontró todo tipo

de dificultades para ser ejercido. Faltó una mínima información a las recurrentes y nada se hizo ante la negativa de los médicos a practicar el aborto alegando motivos de conciencia. En tal sentido recuerda el TEDH que debe tutelar derechos reales y efectivos y no ilusorios. No basta que los Estados reconozcan formalmente derechos si no crean un marco normativo (legal y administrativo) que permita su ejercicio efectivo como ocurrió en este caso. Igualmente la filtración de sus datos constituyó una violación del art. 8. Pero, además, el TEDH aprecia detención ilegal por el ingreso de la recurrente en un hogar público para menores y, sobre todo, violación del art. 3 porque la recurrente estando en una situación de particular vulnerabilidad tras una violación fue atacada inmisericordemente, sin que las autoridades nacionales la protegieran en absoluto.

b) La denegación de acceso a documentación personal reservada lesiona el derecho a la vida privada

En el asunto **Joanna Szulc contra Polonia**, de 13 de noviembre de 2012, se analiza cómo la demandante solicitó el acceso a documentos relativos a su persona que obraban en el Instituto de Memoria Nacional de Varsovia, y que detallaban cómo los servicios de seguridad intentaron reclutarla sin éxito como colaboradora durante la era comunista, y cómo le fueron denegados, por un periodo de más de diez años, por las autoridades polacas bajo el argumento de la seguridad nacional. Entre otros argumentos, las autoridades polacas argumentaban que la demandante no era una «persona perjudicada» y, por lo tanto, no entraba dentro del grupo de sujetos que podían tener acceso a los citados documentos.

En este caso el TEDH recuerda que en casos semejantes, relativos a solicitudes de derecho de acceso a archivos creados por servicios secretos, se ha admitido un derecho de acceso de la persona afectada, con la finalidad de que esta pudiera defenderse de acusaciones falsas. Y si bien hay un margen de apreciación basado en la seguridad nacional del Estado, el hecho de que la demandante tuviera que esperar por más de diez años a acceder a los documentos sobre su persona y poder modificarlos supuso, a ojos del TEDH, una lesión de su reputación, y por tanto del derecho garantizado por el artículo 8 CEDH.

c) La denegación de un tratamiento paliativo no previsto legalmente no lesiona el derecho a la vida ni supone un trato degradante

En el caso **Hristozov y otros contra Bulgaria**, de 13 de noviembre de 2012, se cuestionaba la denegación de un tratamiento paliativo a diez ciudadanos búlgaros enfermos de cáncer en estado terminal, bajo el argumento de que el medicamento no estaba autorizado en el país. La legislación búlgara no permitía el uso de medicamentos experimentales si previamente no habían sido autorizados de forma generalizada en otros países.

Este caso es relevante porque aquí el TEDH analiza por primera vez el acceso de los pacientes terminales a medicamentos no autorizados. Además, destaca también porque en el transcurso de la demanda alguno de los pacientes falleció y continuaron como demandantes sus familiares, considerando el TEDH que, debido a la dimensión moral del asunto, los familiares tenían un interés legítimo en obtener una sentencia, especialmente cuando el objeto del caso estaba relacionado con la muerte de los demandantes.

Tras un análisis comparado, el TEDH concluye que la tendencia entre los países europeos es permitir, en condiciones excepcionales, el acceso a este tipo de tratamientos, pero que eeste no se encuentra regulado de forma unánime y precisa. Así, en relación con la supuesta violación del artículo 2 CEDH, el TEDH señala que dicho artículo impone una obligación a los Estados de diseñar un marco jurídico adecuado para proteger la vida de sus ciudadanos, pero en ningún caso impone al Estado la obligación de permitir el acceso a medicamentos no autorizados para los pacientes terminales o que dicha cuestión se regule de una forma concreta. Como Bulgaria tiene una normativa que regula el acceso a medicamentos no autorizados, el Estado había cumplido con sus obligaciones y, por lo tanto, no se podía considerar que las autoridades nacionales hubieran lesionado el derecho a la vida de los demandantes.

En relación con la denuncia de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH), el TEDH concluyó que los Estados miembros tenían un amplio margen de actuación y en ningún caso se podía hacer comparable la denegación de medicamentos no autorizados a enfermos terminales con la falta de atención médica a sujetos detenidos o la no existencia de instalaciones médicas adecuadas. Y aunque el TEDH reconoce que es cierto que las autoridades búlgaras, dando acceso a los citados medicamentos, hubieran podido mejorar las posibilidades de curación de los demandantes y evitarles el sufrimiento psíquico de ver que en otros Estados el medicamento sí que se comercializaba, concluye que la negativa no había alcanzado suficiente nivel de gravedad para considerarse un trato inhumano, porque el artículo 3 CEDH no obliga a los Estados a solucionar las diferencias entre los niveles de atención medica existentes entre distintos Estados.

Por último, respecto de la denuncia de violación del artículo 8 CEDH, el TEDH señaló que aunque se habían analizado con frecuencia casos en los que los Estados pueden hacer uso de su poder coercitivo para proteger a sus ciudadanos de las consecuencias de sus propias decisiones (especialmente si afectaban a su vida o integridad), en este caso había que realizar una ponderación de intereses. Aquí había que encontrar el justo equilibrio entre el derecho de los demandantes a decidir sobre el riesgo que para sus vidas podía conllevar el uso de un tratamiento médico no autorizado y, por otro lado, el interés público en que se pudieran autorizar dicho tipo de tratamientos evitando un mercado ilícito de estos. Así las cosas, aunque el TEDH señala que en muchos Estados miembros se está concediendo el acceso de enfermos terminales a estos productos no autorizados, concluye que esto es una cuestión que entra dentro del margen de apreciación de los Estados con el fin de conseguir el adecuado equilibrio entre los intereses privados y el interés público anteriormente citado. Y en este caso las autoridades nacionales realizaron el test de proporcionalidad y decidieron, conforme a su normativa vigente, conceder sólo el acceso a los medicamentos no autorizados en Bulgaria si dichos medicamentos habían sido autorizados de forma generalizada en otros países (lo que no sucedía en el caso analizado), por lo que fallaron a favor del interés general de evitar el riesgo de su uso ilícito. Por este motivo, el TEDH concluyó que las autoridades búlgaras habían actuado correctamente dentro de su margen de apreciación, no lesionando el artículo 8 CEDH.

Este caso concluye con los votos discrepantes de los Jueces Kalaydjieva y De Gaetano (al que se adhiere el Juez Vucinic), donde realiza una crítica del uso que el TEDH hace del mecanismo del «margen de apreciación» en este caso para justificar la decisión de las autoridades nacionales, lesionando en último término el derecho a la vida privada de los demandantes.

d) Secreto profesional de los letrados y obligación de denunciar sospechas de comisión del delito de blanqueo de capitales por parte de sus clientes

En el asunto **Michaud contra Francia**, de 6 de diciembre de 2012, el TEDH se pronuncia sobre la compatibilidad con el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 8 CEDH) de la normativa francesa que, transponiendo una serie de Directivas europeas (Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio, modificada por la Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre, y después derogada por la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre), impone a los abogados la obligación de denunciar las sospechas de comisión de delitos de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo por parte de uno de sus clientes, cuando tengan acceso a esa información bien porque hayan realizado en nombre de su cliente o por cuenta suya una transacción financiera o inmobiliaria o bien porque hayan asistido a su cliente para la realización de una serie de transacciones, entre ellas la venta o la compra de bienes inmuebles o fondos de comercio o la gestión de fondos, títulos o activos pertenecientes al cliente.

El asunto llega hasta el TEDH porque un abogado francés, especializado en Derecho financiero, plantea que la obligación que le impone la norma francesa de transposición de las Directivas vulneraría su derecho al secreto de las comunicaciones, en su vertiente de secreto profesional, al imponerle la obligación de denunciar ciertas conversaciones mantenidas con sus clientes cuando exista la sospecha de que, tras las transacciones financieras o comerciales indicadas, se esconda un posible delito de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo.

El asunto presenta ciertas características especiales, en la medida en que el demandante no había sido objeto de sanción alguna sobre la base de la norma indicada, ni había tenido que denunciar, supuestamente, a ninguno de sus clientes, y en la medida en que la norma francesa tenía su origen en una Directiva de la UE. En relación con la primera problemática, el TEDH señala que, a pesar de que el demandante no había sido objeto de una medida individual de ejecución de la norma indicada, sí podía considerarse víctima de una eventual vulneración del art. 8 CEDH, ya que se había visto obligado a cambiar sus comportamiento como consecuencia de la norma adoptada y la posibilidad de sufrir una sanción en el caso de no acomodarse a su contenido y, además, formaba parte de la categoría de personas, en concreto, los abogados que ejercieran en Francia, que podían sufrir directamente los efectos de la legislación.

En relación con la segunda cuestión, el TEDH aplicaba su jurisprudencia habitual en relación con aquellos actos de los Estados parte del CEDH que tienen su origen en obligaciones internacionales asumidas por esos Estados debido a su pertenencia a otras organizaciones, significativamente la UE. Recuerda así el TEDH que si un acto de un Estado parte del CEDH tiene su origen en una disposición de otra organización internacional que asegure una protección equivalente a la que asegura el propio CEDH, ese acto no será objeto de control por parte del propio CEDH, a no ser que el Estado disfrute de un notable margen de apreciación a la hora de ejecutar la norma internacional correspondiente. A pesar de que, en el asunto **Bosphorus c. Irlanda**, de 30 de junio de 2005, el TEDH manifestó que la protección de los derechos fundamentales en el seno de la UE era equivalente (véase comparable) a la proporcionada por el propio CEDH, el TEDH no aplica al caso objeto de estudio esa doctrina, en la medida en que entiende que Francia gozaba de cierto margen de apreciación a la hora de transponer las Directivas de la UE y señala, además, que en el

caso objeto de estudio no se habían activado aquellos mecanismos que sirven de garantía de los derechos fundamentales en el seno de la UE, en la medida en que los tribunales galos no habían planteado cuestión prejudicial alguna al TJUE sobre el caso litigioso. El TEDH subrayaba que el TJUE sí se había pronunciado sobre la validez de las Directivas litigiosas en el marco de una cuestión prejudicial planteada por el Consejo Constitucional belga, pero entendía que esa decisión sólo se refería a la compatibilidad de las Directivas con el derecho a un juicio justo y no a la compatibilidad de las citadas Directivas con el derecho al secreto de las comunicaciones, en su vertiente de secreto profesional.

En esta lógica, el TEDH aplica su jurisprudencia habitual sobre el derecho al secreto de las comunicaciones, subrayando que la medida litigiosa supone una injerencia en tal derecho especialmente cualificada, en la medida en que, según su jurisprudencia, la protección del secreto profesional de los letrados resulta esencial en cualquier Estado de Derecho, ya que garantiza el adecuado funcionamiento de la justicia. No obstante, el TEDH considera que la medida litigiosa no vulnera el derecho indicado, ya que está prevista por la ley, persigue un objetivo legítimo y es proporcionada. En el análisis de la proporcionalidad de la medida, el TEDH destaca dos elementos esenciales. Por un lado, el Alto Tribunal subraya que la obligación que se impone a los letrados tiene un límite claro que pretende garantizar el derecho de defensa, en la medida en que se exime a los abogados de denunciar las sospechas indicadas cuando la actividad sospechosa esté vinculada a un procedimiento jurisdiccional y el abogado reciba la información sobre esa información, antes, durante o después de ese procedimiento. Por otro lado, el Alto Tribunal señala que los abogados están obligados a poner en conocimiento sus sospechas ante el Colegio de Abogados y un letrado experimentado será el que valore la actividad sospechosa y decida si resulta procedente ponerla en conocimiento de la justicia. Se asegura así, desde el punto de vista del TEDH, que la intromisión en el secreto profesional de los letrados sólo se produzca en aquellos casos en los que exista una sospecha real de comisión de los delitos indicados y una obligación cierta del letrado correspondiente de denunciar tal sospecha.

G) Art. 10. Libertad de expresión

a) Límites a la libertad de expresión y relativismo cultural e histórico

En el asunto **Peta Deutschland contra Alemania**, de 8 de noviembre de 2012, el TEDH considera que la decisión de los tribunales alemanes (incluido el Tribunal Constitucional Federal alemán) de prohibir la difusión de una campaña publicitaria en la que una asociación de defensa de los derechos de los animales comparaba el Holocausto con las prácticas desarrolladas por muchas granjas europeas no vulneró la libertad de expresión de la asociación. Tras la primera difusión de la campaña publicitaria indicada, varios miembros de una asociación judía y supervivientes del Holoscausto solicitaron ante los tribunales alemanes que algunos de los posters que formaban parte de esta no volvieran a ser difundidos, ya que su contenido atentaba contra la dignidad humana y vulneraba su derecho al honor en cuanto descendientes y víctimas del Holocausto. Los tribunales alemanes prohibieron la difusión de la campaña al entender que, en el presente caso, la injerencia en la libertad de expresión de la asociación estaba justificada, ya que los demandantes vieron instrumentalizado su sufrimiento y vieron cómo las imágenes de la campaña banalizaban el destino de

los millones de víctimas del Holocausto, que aparecían retratadas incluso en sus momentos más vulnerables y comparadas con animales de granja. El TEDH acogía la interpretación realizada por los tribunales internos: tras recordar que la medida estaba prevista en la ley y perseguía un objetivo legítimo (la defensa de los derechos de los demás), el TEDH subrayaba que la injerencia en la libertad de expresión debía además resultar necesaria en una sociedad democrática para encajar en las exigencias del Convenio. A pesar de que la campaña se centraba en un debate de interés público (las prácticas de crianza en ciertas granjas) y que el TEDH reiteraba que la libertad de expresión protege incluso aquellas opiniones que puedan resultar polémicas u ofensivas, el Alto Tribunal subrayaba que, a la hora de determinar si una injerencia en la libertad de expresión es proporcionada, debe tenerse en cuenta el contexto histórico y social en el que se produce una determinada opinión. En esta lógica, el TEDH tenía en cuenta el pasado de Alemania y el hecho de que ese país entienda que tiene una obligación especial en relación con los judíos, a fin de considerar proporcionada la medida adoptada por las autoridades internas.

b) Secretos de Estado y protección de las fuentes de la información (arts. 10 y 8 del CEDH)

En el caso **Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. y otros contra Países Bajos**, de 22 de noviembre de 2012, los recurrentes son una editora, dos nacionales holandeses y las Asociaciones holandesas de periodistas y editores jefes, que denuncian una vulneración del artículo 10 del Convenio, en cuanto se les ha obligado a identificar sus fuentes, y del 8, en cuanto han sido sometidos a una vigilancia especial en relación a un artículo sobre investigaciones de los servicios secretos holandeses sobre corrupción en la policía y la fiscalía relacionada con el tráfico de drogas. La Corte considera que la norma que regula la vigilancia especial no prevé garantías apropiadas en relación a su uso y que no se han aportado razones «relevantes y suficientes» para obligar a los periodistas a revelar sus fuentes. La sentencia contiene un voto parcialmente disidente de los jueces Myjer y López Guerra en el que en parte justifican la actitud del gobierno holandés al tratarse de una filtración provocada por un agente del servicio secreto, sometido a un especial deber de secreto

H) Protección de la propiedad (art. 1 Protocolo núm. 1 al CEDH)

a) Trato discriminatorio entre propietarios grandes y pequeños respecto de derechos de caza: no vulneración del art. 14 CEDH

La STEDH de Gran Sala **Chabauty contra Francia**, de 4 de octubre de 2012, resuelve una asunto relativo a las posibilidades de restricción del derecho a la propiedad dependiendo del tamaño de los terrenos sobre los que se ostente el título de propiedad. Así, el Sr. Chabauty es dueño de unos terrenos que se encuentran en el perímetro de una asociación comunal de caza agregada, en aplicación de la normativa aplicable. En un determinado momento el demandante decide que no quiere formar parte de esta asociación, pero la ley francesa sólo permite a los terratenientes pequeños abandonar este tipo de asociación si alegan motivos éticos (estar en contra de la caza), cosa que no ocurre con los propietarios

de grandes terrenos. Esta situación le impide poder salir de la asociación y alquilar el terreno para la caza. El Sr. Chabauty considera que esta norma supone un trato discriminatorio por razón de propiedad, esto es, una violación del art. 14 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo núm. 1 al CEDH.

Para defender su posición el demandante cita el caso **Chassagnou y otros contra Francia**, de 29 de abril de 1999, pero el Tribunal recuerda que en aquel caso las circunstancias eran distintas ya que, antes de la modificación de la Ley que le ha sido aplicada al Sr. Chabauty, existía efectivamente un trato diferente entre los grandes propietarios y los pequeños ya que a los primeros sí se les permitía abandonar las asociaciones de caza si alegaban razones éticas, mientras a los segundos no. Esta diferencia de trato fue eliminada de la Ley, precisamente, en cumplimiento de la decisión en el caso Chassagnou. Así las cosas, el TEDH rechaza que el Sr. Chabauty pueda reclamar la aplicación de la doctrina Chassagnou.

Para avanzar en el examen del caso el TEDH aclara que el tamaño del terreno no es por principio un elemento prohibido para establecer diferencias de trato y que el derecho a la propiedad del art. 1 P. 1 al CEDH es uno de los derechos respecto de los que se ha reconocido un amplio margen de apreciación a los Estados.

Hechas estas aclaraciones el TEDH entra a analizar si la situación descrita supone un trato discriminatorio. En primer lugar, el TEDH estudia la finalidad de la medida, esto es, la agrupación de todos los pequeños propietarios en las asociaciones comunales de caza. El TEDH considera que la finalidad, la persecución del interés general a través de la prevención de la práctica desordenada de la caza y el favorecimiento de una gestión racional del patrimonio cinegético, es conforme al CEDH. Además, también se cumplen los criterios de objetividad y razonabilidad de la medida, dado que se había aprobado para favorecer las posibilidades de caza de los pequeños terratenientes. Por último, el Tribunal destaca el carácter proporcionado de la medida porque no sólo no afecta al título de propiedad, sino que además son importantes las contrapartidas que los propietarios reciben a cambio de estar en estas asociaciones, como poder cazar en todos los terrenos en ellas incorporados y participar en la gestión colectiva del terreno, entre otros beneficios.

Así pues, quedando garantizado el derecho de todos los propietarios, grandes y pequeños, a que sus tierras no sean utilizadas para actividades contrarias a sus convicciones personales, otra medidas de modulación del ejercicio del derecho a la propiedad como los descritos en este asunto no suponen un trato discriminatorio en tanto que su finalidad es legítima, la medida es objetiva y razonable y, además, es proporcionada en sus consecuencias.

b) Pago de una indemnización por expropiación en tiempos de la Unión Soviética

El caso **Vistins y Perepjolkins contra Latvia**, de Gran Sala, de 25 de octubre de 2012, pone fin a un asunto relativo al pago de una indemnización por expropiación. Los demandantes había recibido de sus legítimos dueños unos terrenos en una isla en su mayoría ocupada por zona portuaria de Riga y una pequeña zona residencial. En 1995, el Gobierno decidió que la zona en la que se encontraban los terrenos de los demandantes debía pasar a formar parte de la nueva zona portuaria, lo que generaba una servidumbre en beneficio de la corporación pública y, a cambio, los propietarios recibirían no más del 5% del valor

catastral de los terrenos afectados. Más tarde, por Ley del Parlamento de 1997, los terrenos fueron expropiados con una compensación que no debía exceder el valor catastral que tenían en 1940, momento en el originariamente había sido expropiados por la Unión Soviética, multiplicado por una ratio de conversión. La aplicación de este criterio suponía una indemnización irrisoria en comparación con el valor catastral actual de los terrenos.

En este caso el Tribunal no discute la legalidad de la interferencia el ejercicio del derecho de los demandantes (tiene alguna duda, pero no determinante, sobre la ley aplicable) y admite que el finalidad de la medida restrictiva de derechos es legítimo (renovar y reconstruir las infraestructuras portuarias de Riga). Sin embargo, en el análisis de la proporcionalidad de la interferencia es donde el Tribunal encuentra el motivo para declarar vulnerado el art. 1 Protocolo núm. 1 al CEDH. Así, el Tribunal dice literalmente que considera que existe una «extrema desproporción» entre el valor catastral del momento de la expropiación y la indemnización reconocida por el Estado en aplicación de los criterios antes citados. Por último, el Tribunal recuerda que no concurre ninguna circunstancia excepcional (las circunstancias de las partes o el contexto histórico y político) que justifique esta desproporción.

I) Derecho a la educación (art. 2 Protocolo núm. 1 al CEDH): El derecho a la educación en la lengua oficial del Estado en el que se recibe la enseñanza

En el asunto **Catan y otros contra Moldavia y Rusia**, de 19 de octubre de 2012, el TEDH analiza unos hechos llamativos acaecidos en la región de Transnistria, región separatista que declaró su secesión de Moldavia en 1990 con el apoyo de la URSS. En la región separatista, las autoridades habían declarado lengua oficial el moldavo escrito con alfabeto cirílico, mientras que en el resto del país la lengua oficial era el moldavo escrito con alfabeto latino. A pesar de ello, las autoridades de Transnistria emprenden una campaña de acoso a los colegios que utilizan la lengua moldava escrita con alfabeto latino como lengua vehicular, procediendo al cierre de parte de esos centros. En ese contexto, algunos niños y padres afectados por las medidas acuden al TEDH por la presunta vulneración de su derecho a la instrucción por parte de las autoridades moldavas y rusas. En relación con la vulneración del derecho a la instrucción, el TEDH llega a la conclusión de que el cierre de las escuelas donde estudiaban esos niños y el acoso del que fueron objeto determinó claramente la vulneración de su derecho a la instrucción, en la medida en que se les impidió el acceso a los centros educativos existentes, que fueron acosados hasta el cierre, y se les impidió estudiar en la lengua oficial de su país, el moldavo escrito con alfabeto latino. Sin embargo, lo más llamativo del caso es a quién atribuye el TEDH la responsabilidad por la vulneración del derecho indicado. A pesar de que los hechos tuvieron lugar en un territorio separatista de Moldavia, el TEDH considera que ese país no fue responsable de la vulneración del derecho indicado, en la medida en que no controlaba el territorio citado y, a pesar de ello, apoyó a los demandantes, tratando de evitar a través de distintas gestiones que las escuelas fueran cerradas y que se produjeran los actos de acosos indicados. Por el contrario, para el TEDH, Rusia fue el Estado responsable de la vulneración del derecho a la instrucción de esos niños, en la medida en que el territorio separatista de Transnistria se mantenía como tal, en el momento en el que ocurrieron los hechos (2002-2004), gracias al apoyo del gobierno y las tropas rusas, que ejercían un control efectivo sobre las autoridades de Transnistria, aunque no participaran directamente en los hechos enjuiciados.

J) Libertad de movimiento (art. 2 Protocolo núm. 4 CEDH)

El TEDH se pronunció en el caso ***Stamose contra Bulgaria*,** de 27 de noviembre de 2012, sobre la limitación de la libertad de movimiento. En este asunto, las autoridades búlgaras limitaron la libertad de circulación de un ciudadano búlgaro, al no dejarle abandonar Bulgaria durante un periodo de dos años, con el fin de prohibirle viajar a cualquier país y, en concreto, a Estados Unidos, país donde había ingresado anteriormente con un visado de estudiantes y posteriormente se había quedado como trabajador, infringiendo las normas norteamericanas sobre extranjería. Todo ello, a pesar de que el demandante tenía allí a su madre (que había adquirido la nacionalidad americana) y a su hermano (que tenía la residencia legal en el país norteamericano).

Las autoridades búlgaras alegan la normativa nacional conforme a la cual cualquier ciudadano que infrinja la legislación de extranjería de otro Estados verá limitada su libertad de circulación y no podrá abandonar el país. Pero, por su parte, el solicitante denuncia que los Tribunales nacionales no habían examinado la proporcionalidad de la medida de restricción de su libertad de movimiento, limitando su libertad de circulación y su vida privada y familiar al mantenerle alejado de su familia residente en Estados Unidos.

Este caso destaca, como señala el propio TEDH porque hasta ahora el Tribunal no había tenido ocasión de pronunciarse sobre la limitación de la libertad de movimiento con la finalidad de prevenir la violación de la legislación sobre extranjería. El TEDH recuerda que se han analizado casos limitativos de la libertad de movimiento en asuntos relacionados con el cumplimiento de condenas penales, falta de medidas sanitarias adecuadas en el país de destino o prohibiciones de abandono del país por parte de menores ; y aunque considera que los supuestos no son semejantes, concluye que los principios aplicables deben ser los mismos y debe aplicarse el test de proporcionalidad para ver si la medida adoptada por las autoridades búlgaras era una medida prevista legalmente y necesaria en una sociedad democrática.

Tras el correspondiente análisis, el TEDH concluye que si bien la medida estaba prevista legalmente y el periodo de dos años no es excesivo, la limitación genérica de viajar a cualquier país y no sólo al país donde infringió la legislación sobre extranjería (que ya de por sí suelen establecer sus propias limitaciones y sanciones para estos casos), supone una medida desproporcionada y, por tanto, lesiona el derecho reconocido en el Protocolo al CEDH.

El TEDH añade que aunque la prohibición de abandonar un país sea una medida que un Estado puede imponer a sus ciudadanos por infringir las Leyes de inmigración de otro Estado diferente al propio, y que esto puede ser una medida justificada, el hecho de que dicha medida se lleve a cabo de forma automática sin tener en cuenta las circunstancias individuales no puede, en ningún caso, ser una medida necesaria en una sociedad democrática.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Derecho a vida privada y familiar (art. 7 CDFUE): Protección del menor y reagrupación familiar (arts. 7 y 24 CDFUE)

Destaca de estos meses la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos **O., S. y Maahanmuuttovirasto (C-365/11) y Maahanmuuttovirasto y L. (C-356/11)** de 6 de diciembre de 2012.

Esta decisión pone de relieve el amplio alcance de la Sentencia **Ruiz Zambrano**, de 5 de mayo de 2011, ya comentada en esta sección. El Tribunal de Justicia vuelve a confirmar que los derechos derivados de la ciudadanía de la UE se pueden hacer valer sin necesidad de hacer uso de la libertad de circulación.

En este supuesto no se trata de dos menores ciudadanos de la Unión, que podrían verse obligados a abandonar la Unión si sus padres son expulsados por ser nacionales de terceros Estados. En los dos casos que resuelve esta sentencia el ciudadano de la Unión es menor de edad y vive con su madre, ciudadana de un tercer Estado con residencia legal en Finlandia. Ahora bien, la madre se ha casado en segundas nupcias con un ciudadano de un tercer Estado, con quien ha tenido un segundo hijo que no tiene la nacionalidad finlandesa, y a dicho segundo esposo se le deniega la residencia que ha pedido al amparo de la reagrupación familiar. Por tanto, la madre, que ostenta la custodia legal del menor de nacionalidad finlandesa, no está siendo obligada a abandonar la Unión. La pregunta es si la ciudadanía del menor obligaría a los Estados a otorgar la residencia del esposo de su madre, con quien tiene un segundo hijo.

Comienza el TJ poniendo de relieve que estos casos no pueden equipararse al supuesto de Ruiz Zambrano, ya que los menores ciudadanos de Finlandia no se ven forzados a marcharse de la UE. No en vano, sus madres tienen residencia legal en Finlandia y no dependen económicamente del segundo esposo. Afirma el TJ que puede ser deseable que un menor ciudadano de la Unión pueda vivir con sus familiares pero no hay una relación directa entre la expulsión del esposo de la madre y la marcha del menor nacional finlandés. En consecuencia, el Estado miembro puede no conceder la residencia por reagrupación familiar a un familiar de un menor ciudadano de la Unión si éste no debe abandonar el país como consecuencia de dicha negativa.

Ahora bien, el margen de apreciación de los Estados se ve mermado como consecuencia del necesario respeto a la CDFUE. En este sentido, debe interpretarse la Directiva sobre el derecho a reagrupación familiar de acuerdo con los arts. 7 CDFUE y 8 CEDH, que reconocen el derecho a la vida privada y familiar. Asimismo, debe tomarse en consideración el art. 24 CDFUE y promover el interés del menor. En consecuencia, los Estados deben «examinar la solicitudes de reagrupación familiar de que se trata en interés de los menores afectados y procurando favorecer la vida familiar».

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela Judicial Efectiva y garantías en los procesos (art. 24.1 y 2 CE)

a) Menoscabo del derecho a obtener una resolución sobre el fondo (art. 24. 1 CE), dado que el pronunciamiento judicial dependía de una dictamen favorable del Ministerio Fiscal

STC 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (Pleno). La doctrina sentada por el TC en este asunto tiene mucha trascendencia práctica, por tenerla el precepto del que se declara su inconstitucionalidad y nulidad, estimando así la cuestión planteada por un tribunal civil. Se trata de la exigencia del art. 92.8 del CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de

julio, de un informe «favorable» del Fiscal para que el juez pudiera acordar la guarda y custodia compartida de los hijos comunes cuando sus progenitores no estaban de acuerdo. La inconstitucionalidad afecta al término «favorable» exclusivamente; por tanto, sigue siendo preceptivo el informe previo del Fiscal, pero no vinculante, pues ahora la circunstancia de ser desfavorable no limita la facultad del juez para acordar la guarda compartida.

En esta línea, se vulnera asimismo el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen menoscaba *de facto* el derecho a obtener una resolución sobre el fondo, ya que esta ya viene predeterminada por la decisión del Ministerio público y, como ya se ha dicho, la función de administrar justicia reside con carácter exclusivo en los Jueces y Tribunales y no en el Ministerio público (art. 117.3 CE). Una y otra cosa son muy diferentes, pues mientras la decisión judicial puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos, sin embargo el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible. Ello provoca no sólo que las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo tampoco puedan valorar y decidir si el interés del menor requiere esa guarda y custodia compartida, es decir, de nuevo su función jurisdiccional queda impedida por la previa decisión del Ministerio público, sino también que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se vea gravemente comprometido.

b) Derecho de acceso a los recursos (art. 24.1 CE): interpretación judicial errada de la doctrina constitucional sobre las garantías procesales en fase de apelación

STC 201/2012, de 12 de noviembre (Sala segunda). Se estima que vulneró el derecho de acceso a los recursos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete que desestimó el recurso de apelación interpuesto frente a la absolución de quien había sido acusado de un delito contra los derechos de los trabajadores, al omitir dar respuesta a una impugnación fundándose en una interpretación errónea de la doctrina constitucional relativa a la necesidad de audiencia personal al acusado y celebración de vista oral en la apelación. En efecto, el TC concluye que en este caso el Tribunal podía haber entrado en el fondo de las alegaciones del apelante aun sin celebrar vista oral, rechazando así la exégesis que la Sala realiza de nuestra doctrina constitucional y, con ello, de los límites de enjuiciamiento del recurso de apelación.

El TC recuerda que su reciente jurisprudencia ha trazado una delimitación, nítida al menos en el plano teórico, entre el ámbito de decisión relativo a la valoración de la prueba y fijación de los hechos probados, para el que resultará insoslayable la audiencia personal del acusado y, en su caso, de otros testigos, y aquellos pronunciamientos que quedan circunscritos a la calificación jurídica del hecho, que pueden ser resueltos por el órgano *ad quem* sin necesidad de celebrar vista oral. Y en este caso, las alegaciones del apelante fundadas en un error en la calificación jurídica de los hechos (que debían, en todo caso, ser calificados al menos como una imprudencia simple, derivándose de ello la condena del acusado por delito de homicidio imprudente), debían haber llevado a una revisión de la calificación jurídica de los hechos probados, que no precisaba de audiencia personal al acusado ni de celebración de vista oral. Dicha omisión vino fundada en una interpretación errónea de la doctrina constitucional y de los preceptos que regulan el recurso de apelación penal; error que trasciende el plano de la irrelevancia constitucional y que debe calificar-

se como manifiestamente irrazonable y lesivo, por ello, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por cuanto dicha interpretación, como se dice en la Sentencia de la Audiencia, conlleva la completa abrogación de las posibilidades de recurrir en apelación por las partes acusadoras, opción que no puede considerarse acorde con el sistema de recursos vigente en la actualidad.

c) Vulneración de la tutela judicial efectiva sin indefensión y del proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE) por exceso de jurisdicción por inaplicación de una ley (autonómica) postconstitucional sin plantear cuestión de inconstitucionalidad

STC 187/2012, de 29 de octubre (Sala Segunda). En un asunto urbanístico (ejecución del planeamiento urbanístico del municipio de La Roda del Vallès), los tribunales ordinarios, so pretexto de que se trataba de una materia de competencia exclusiva estatal (eficacia de las normas jurídicas), y en aplicación del principio de prevalencia estatal del art. 149,3 CE, inaplicaron una ley (autonómica) postconstitucional sin plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

En concreto, la norma inaplicada fue la disposición transitoria cuarta, apartado sexto, de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, en la redacción dada por la Ley 10/2004, de 24 de diciembre, que introdujo una norma de convalidación de los actos de desarrollo de instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, aunque no se hubiesen publicado las disposiciones contenidas en los instrumentos de planeamiento, como el plan general de ordenación urbana del municipio de La Roca del Vallès. En su lugar, los tribunales ordinarios aplicaron el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

El TC señala que si bien el juicio previo de selección de la norma jurídica aplicable al caso de autos corresponde realizarlo al órgano judicial como cuestión de legalidad ordinaria y, en consecuencia, ninguna tacha de constitucionalidad podría merecer la determinación de la norma aplicable al caso por el juez ordinario, no es así por los efectos que esa operación tiene en el caso de autos, y que son triples: Primero, la inclusión de la norma desplazada en un ámbito material como la eficacia de las normas jurídicas, cuando los propios tribunales ordinarios reconocen, asimismo, que se trata de una ley de convalidación de normas urbanísticas, materia en la que Cataluña tiene competencia exclusiva. Segundo, el órgano judicial aplicó la cláusula de prevalencia del Derecho estatal del art. 149.3 CE a pesar de reconocer que el asunto sobre el que versaba el pleito era la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, es decir, competencia exclusiva estatal *ex* art. 149.1.8.ª CE, cuando la prevalencia se prevé para el caso de conflicto sobre las normas de las Comunidades Autónomas y en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas, pero en este caso, en realidad, según el razonamiento de la propia Sentencia impugnada, no era una materia en la que la Generalitat y el Estado tuviesen competencias, sino que la competencia era exclusiva estatal. Se aprecia, por tanto, un razonamiento que determinó, además, el desplazamiento e inaplicación de la ley parlamentaria autonómica sin plantear la debida cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. Tercero, la interpretación realizada del precepto autonómico conlleva a su reiterada inaplicación y produce un efecto parecido

a la derogación de la norma inaplicada que, recordamos, es una ley postconstitucional. Por todo ello, se estima la lesión de los derechos fundamentales de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE) de las Administraciones públicas por incurrir el órgano judicial en exceso de jurisdicción *ex* art. 163 CE y concordantes sobre el control de leyes, con preterición del sistema de fuentes (STC 173/2002, de 9 de octubre).

B) Principio de no discriminación por razón de filiación: el carácter «común» de los descendientes no es un elemento de diferenciación válido para reconocer un derecho de alimentos a cargo del usufructo vidual (art. 14 en relación al 39 CE)

La **STC 171/2012**, de 4 de octubre, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada en 2003 sobre una norma que se derogó en 2006, lo que pone de relieve —una vez más— la lentitud en el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley. En este caso, el artículo 123.3 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil establecía una obligación de alimentos sobre el beneficiario del usufructo vidual y con cargo a los bienes objeto de este, pero sólo respecto de los hijos y descendientes comunes con el causante. Es decir, no incluía en esta obligación a los hijos o descendientes que lo fuesen únicamente del cónyuge fallecido. Concluye el TC que utilizar el carácter «común» de los descendientes esconde una discriminación por razón de nacimiento, pues la diferencia de trato que se produce respecto de los hijos y descendientes del causante no se cohonesta con la finalidad de la norma cuestionada, a saber, que la obligación de alimentos que pesaba sobre el causante no se extinga con su muerte. Y dicha obligación la tenía respecto de todos sus hijos y descendientes con independencia de la relación que tuvieran con el usufructuario.

C) Derecho a ejercer los cargos y funciones públicas (art. 23.2 CE): el cargo de Rector de una universidad pública está amparado por el art. 23.2 CE

La **STC 192/2012**, de 29 de octubre, estima el recurso de amparo presentado por D. Pedro González-Trevijano contra la Sentencia del TSJ de Madrid que anuló la proclamación de su candidatura a las elecciones de Rector de la Universidad Rey Juan Carlos convocadas el 23 de octubre de 2009. Tal exclusión se fundamentaba en la consideración de que el demandante de amparo no podía concurrir como candidato, al haber desempeñado ya el cargo de Rector durante dos mandatos precedentes. Según lo dispuesto en el art. 77.3 *in fine* de los Estatutos de la citada Universidad, quien sea Rector «únicamente podrá presentar de nuevo su candidatura a las elecciones de Rector una sola vez consecutiva», y el Sr. González-Trevijano ya había sido Rector durante dos mandatos consecutivos antes de la entrada en vigor de los Estatutos de la Universidad.

El Tribunal aborda dos cuestiones principales: la primera es si el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE se proyecta sobre el cargo de Rector de una universidad pública. A este respecto, recuerda que el art. 23.2 CE contiene dos derechos distintos: por un lado, el derecho a ejercer cargos públicos representativos (participación política) y, por otro lado, el derecho a ejercer puestos o cargos funcionariales cuyo acceso, de acuerdo con el art. 103 CE, se basa en los principios de mérito y capacidad.

El Tribunal considera que el cargo de Rector de una universidad pública no se incluye entre los cargos públicos representativos, pero sí entraría a formar parte de los cargos funcionariales *ex* art. 23.2 CE. Estima que quedarían excluidos de esta segunda categoría los puestos laborales de la Administración, así como los cargos de designación política, basados en criterios de estricta confianza. Pero en cuanto al cargo de Rector, considera que reúne los requisitos exigidos por el art. 103 CE. Las universidades públicas son Administraciones públicas y la función del Rector está reservada a funcionarios públicos de carrera (Catedráticos de Universidad), cuyo acceso a tal condición se basa en los criterios de mérito y capacidad. El hecho de que la provisión del cargo de Rector se realice mediante un proceso electoral en el seno de la propia universidad no desvirtúa tal carácter funcionarial, a juicio del Tribunal, puesto que es posible cohonestar los criterios de mérito y capacidad con otros criterios dirigidos a lograr una mayor eficacia en la prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos como, en este caso, la autonomía universitaria consagrada en el art. 27.10 CE.

La segunda cuestión que aborda el Tribunal es si la interpretación que realizó el TSJ del art. 77.3 de los Estatutos de la Universidad ha podido vulnerar el derecho fundamental de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad del art. 23.2 CE. Los Estatutos no contenían previsión alguna sobre la posibilidad de que se le aplicara la limitación contenida en el art. 77.3 a quien hubiese sido Rector con anterioridad a la entrada en vigor de dichos Estatutos. Ante este vacío normativo, el Tribunal considera que el órgano judicial debió realizar la interpretación más favorable al ejercicio del derecho fundamental concernido y estima que la anulación de la candidatura del demandante de amparo vulneró su derecho fundamental al ejercicio de las funciones públicas en condiciones de igualdad del art. 23.2 CE.

El interesante Voto Particular discrepante de la Magistrada Encarnación Roca Trías disiente de la Sentencia pues considera que esta se ha apartado de la jurisprudencia constitucional consolidada sobre la materia sin una motivación suficiente. En efecto, la Magistrada discrepante considera que el acceso al cargo de Rector no estaría protegido por el art. 23.2 CE, pues no forma parte de los cargos representativos ni tampoco de las funciones públicas. En este sentido se pronunciaron claramente las SSTC 212/1993 y 80/1994. Ambas se referían a los denominados «cargos funcionariales» y, específicamente además, en el ámbito de la Administración educativa (en concreto, miembro de la Junta de Facultad y Secretario de Centro Educativo no universitario). En dichas Sentencias, el Tribunal afirmó que el acceso a los «cargos funcionariales» no está comprendido en el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE puesto que «no está implicado ni el acceso a la función pública ni el desarrollo o promoción de la carrera administrativa».

D) Derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE). La regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo es conforme a la Constitución, pues entra dentro del margen de apreciación del legislador

La **STC 198/2012, de 6 de noviembre** (que cuenta con tres Votos Particulares discrepantes y un Voto concurrente) desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. El núcleo del recurso lo constituía el primer apartado del art. único

de la Ley, que añade un segundo párrafo al art. 44 CC, en virtud del cual: «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». La fundamentación jurídica de la demanda se basaba en ocho motivos de inconstitucionalidad, que se traducían en la posible infracción de los arts. 9.3, 10.2, 14, 32, 39, 53.1 y 167 CE. Pero, como pone de manifiesto el TC, el motivo de inconstitucionalidad principal y aquel que por sí mismo podría llegar a fundamentar la estimación del recurso era la posible vulneración del art. 32 CE (derecho a contraer matrimonio). Y en él se centra el Tribunal, después de descartar otras posibles vulneraciones, sin perjuicio de volver más adelante sobre la posible infracción del art. 39 CE (protección de la familia) al referirse a la posibilidad de adopción de menores por un matrimonio de personas del mismo sexo.

Comienza la Sentencia recordando la doble naturaleza del art. 32 CE, como garantía institucional y como derecho constitucional. La primera de estas categorías exige una protección objetiva por parte del TC, que debe garantizar que el legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución. La segunda requiere una protección subjetiva, de manera que el Tribunal garantice al ciudadano, titular del derecho en cuestión, que la posición jurídica derivada del reconocimiento del derecho no queda eliminada por el legislador.

En cuanto al matrimonio como garantía institucional, el TC trata de dilucidar si la Ley recurrida desnaturaliza la institución matrimonial, haciéndola irreconocible, o si el legislador ha actuado dentro del amplio margen que la Constitución le otorga. Comienza reconociendo que el constituyente de 1978 pensó únicamente en el matrimonio entre personas de distinto sexo. Ahora bien, el Tribunal realiza en este caso lo que denomina una «interpretación evolutiva» del art. 32 CE y considera la Constitución como «un árbol vivo», inspirándose en la Sentencia de la Corte Suprema de Canadá de 9 de diciembre de 2004, también sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta interpretación evolutiva de la Constitución permitiría adaptar el texto a la nueva realidad social a la que debe ser aplicado. Utiliza el Tribunal el concepto de «cultura jurídica», ya evocado por la jurisprudencia constitucional previa, que concibe el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla.

La Sentencia pone de manifiesto que la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática o auténtica de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante; las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el ordenamiento; el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo; los tratados internacionales sobre derechos humanos, y la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan.

Tras un análisis detenido de todas estas variables en lo que se refiere al matrimonio entre personas del mismo sexo en la actualidad (incluidos varios datos estadísticos y encuestas de opinión), el Tribunal concluye que la Ley 13/2005 desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea. Aunque podría haberse inclinado por otras opciones igualmente válidas, el legislador ha actuado aquí dentro del amplio margen de apreciación que le concede el art. 32 CE.

En cuanto al matrimonio como derecho constitucional, el Tribunal recuerda que, por la ubicación del art. 32 CE, este derecho carece de la protección del recurso de amparo pero sí

goza de la garantía de la preservación de su contenido esencial frente a la libertad del legislador. Pues bien, concluye el Tribunal que la regulación impugnada no afecta al contenido esencial del derecho a contraer matrimonio porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente o no casarse. Las parejas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho a contraer matrimonio. Sin embargo, las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial. De este modo, entiende el Tribunal que se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, aunque reconoce que el mecanismo elegido para ello no era el único posible.

Finalmente, el Tribunal analiza la alegada vulneración del mandato constitucional de protección de la familia y de los hijos del art. 39 CE causada por la posibilidad de adopción conjunta de menores por parejas homosexuales. A este respecto, recuerda la jurisprudencia del TEDH según la cual, tratándose de una cuestión sobre la que no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa y en la que el Derecho parece atravesar una fase de transición, es preciso dejar un amplio margen de apreciación a las autoridades de cada Estado, que pueden evaluar mejor las sensibilidades y contextos locales. Y concluye que la regulación impugnada tampoco vulnera el principio rector contenido en el art. 39 CE.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE)

a) Vulneración del derecho al honor y sociedad de la información

En la **STS de 4 de diciembre de 2012**, Sala de lo Civil, ponente Juan Antonio Xiol Ríos, el TS resuelve una colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión que presenta ciertas características llamativas, en la medida en que la presunta vulneración del derecho al honor se produjo como consecuencia de una serie de manifestaciones que se vertieron contra la SGAE por terceras personas en el blog creado por el recurrente. En todas esas manifestaciones se acusaba a los miembros de la SGAE de ladrones. Como consecuencia de ello, la SGAE presentó una demanda civil de protección de su derecho al honor, que fue estimada en primera y segunda instancia. Sin embargo, el TS considera que no se produjo tal vulneración. El TS subrayaba así que el recurrente debía considerarse responsable por las opiniones vertidas por terceros en el blog que había creado, ya que en virtud de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico, el demandante debía considerarse un prestador de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario. En cuanto tal, el recurrente sólo quedaba exento de responsabilidad por los datos proporcionados por el destinatario del servicio si no tenía conocimiento de que la información almacenada era ilícita o si actuaba con diligencia para retirar tal información o hacía imposible el acceso a esta. Dado que no se dio ninguna de las dos circunstancias mencionadas, ya que no se retiró la información y el recurrente conocía el contenido de la información publicada, debía considerarse res-

ponsable de la misma, a pesar de provenir de terceras personas. No obstante, en el caso objeto de estudio, el TS considera que no se produjo una vulneración del derecho al honor de la SGAE, en la medida en que la palabra «ladrón», entiende el Alto Tribunal, no puede considerarse en sí misma injuriosa y el contexto en el que se vertió (crítica social dura por el comportamiento de la SGAE en lo que a la gestión de los derechos de autor se refería y relevancia pública de la información que se proporcionaba en el blog controvertido) hacía prevalecer la libertad de expresión sobre el derecho al honor.

B) Derecho a la Libertad Sindical (art. 28.1 CE) en relación con el principio de igualdad

En la **STS de 22 de octubre de 2012**, ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, como resultado de la impugnación del RD 1698/2011, de 18 de noviembre, que regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, el TS conluyó que es contrario a los derechos recogidos en los arts. 28 y 14 CE limitar a los sindicatos la iniciativa para incoar la fase previa del procedimiento de reducción de la edad de jubilación, su anticipación a solicitar su modificación por el procedimiento general y la recepción de informes sobre la necesidad de modificar las condiciones de trabajo.

El recurrente es un sindicato con implantación y representatividad a nivel nacional, y denuncia el distinto trato a las organizaciones sindicales, que considera no está justificado. Por su parte el Ministerio Fiscal estima que la restricción impuesta por el RD no se ajusta a la regla de proporcionalidad, al impedir a los sindicatos que puedan tener mayor implantación en sectores de actividades especialmente penosas o peligrosas para la salud de los trabajadores pero no sean más representativos a nivel estatal ejercer la iniciativa y acceder a los estudios e informes, mientras que permite todo ello a los que sí tengan esa represenatividad pero no la posean en el sector afectado. El Tribunal Supremo considera que la limitación impugnada no tiene justificación razonable. Se estima parcialmente el recurso, declarando la nulidad de la expresión «más representativas a nivel estatal». La limitación de la iniciativa puede incidir en la competición sindical induciendo a la afiliación a las organizaciones que poseen el requisito controvertido.

C) Derecho a la huelga (art. 28.2 CE): determinación de los servicios mínimos esenciales

En la **STS de 27 de diciembre de 2012**, ponente D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, se resolvía la denuncia contra el establecimiento de los servicios mínimos en la huelga convocada con respecto al Organismo autónomo «Madrid 112». Tras hacer referencia a que el TC ha recordado que el derecho fundamental de huelga puede ser limitado o restringido en su ejercicio dada su conexión con otros derechos protegidos, aunque sin rebasar su contenido esencial, sin que se pueda obstruir más allá de lo razonable. A continuación la Sala señala que una limitación prevista en la CE es la necesidad de *«garantizar los servicios esenciales de la comunidad»*, entendiendo estos como los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes protegidos por la CE, sin que se considere esencial ningún tipo de actividad productiva, que solo lo será en el caso de que la satisfacción de los men-

cionados intereses exija el mantenimiento del servicio, siendo necesario examinar en cada caso de huelga las circunstancias concurrentes.

En el caso analizado, la resolución impugnada se fundamentaba de forma genérica en el carácter de servicio esencial que presta el «Madrid 112» pero sin concretar las razones de llamar al 100% de operarios de emergencias para el servicio mínimo, ni tampoco el criterio seguido para establecer un trabajador por turno en el resto de categorías. La Sala estima que la resolución impugnada adolece de falta de motivación exigible en las resoluciones que fijan los servicios mínimos en una convocatoria de huelga, dado que el objeto es que los trabajadores afectados conozcan las razones y el control judicial de las decisión que los establece en orden a precisar su idoneidad y proporcionalidad en relación con el sacrificio que comportan para el derecho fundamental reconocido en el art. 28.2 CE. Se concluye que las resoluciones como la de este supuesto, que fijen los servicios mínimos y carezcan de motivación o sean de carácter genérico o las que no consideren las circunstancias específicas a la que se refieren, deben ser declaradas nulas por desconocer las exigencias que derivan de la protección constitucional del derecho fundamental a la huelga.

En la **STS de 26 de diciembre de 2012**, ponente D. José Díaz Delgado, se resolvía también un asunto relativo a la fijación de servicios mínimos en atención telefónica en centro de coordinación del «Summa 112» y transporte sanitario. La Sala, tras analizar las concretas circunstancias del caso, confirma los criterios de instancia, al rechazar por desproporcionados los servicios mínimos fijados en un 100%, y que la hipotética esencialidad del servicio no constituye por sí sola razón suficiente para el establecimiento de los servicios mínimos en esa proporción, echándose en falta una explicación detallada y precisa del porqué esas concretas actividades, y la limitada franja horaria sobre la que iba a tener lugar, requería unos servicios mínimos tan amplios. Se desestima el recurso de casación estimando la sentencia de instancia.

D) Asilo (art. 13.4 CE)

a) Denegación del derecho de asilo por causas sobrevenidas

En **STS de 18 de octubre de 2012**, ponente D.ª María Isabel Perelló Doménech, la denegación del derecho de asilo por parte del Ministerio del Interior se fundamenta en que las alegaciones del solicitante de escasamente verosímiles a la luz de la información disponible sobre su país de origen. Recurrida en casación se denuncia que la sentencia de instancia ha incurrido en exceso, al introducir cuestiones nunca planteadas, sobre la insuficiencia de motivación de la resolución administrativa impugnada, así como la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad con vulneración del art. 9.3 CE. La Sala analiza estas cuestiones y llega a la conclusión de que la sentencia se refiere a un caso diferente al de autos por lo tanto se estima el recurso por la inobservancia del deber de congruencia de las resoluciones judiciales.

El Tribunal examina a continuación la cuestión de fondo, relativa a la infracción de la jurisprudencia relativa a la exigibilidad de prueba plena y suficiencia de la prueba indiciaria para la concesión del estatuto de refugiado. El relato del actor pone de relieve la ausencia de aportación de datos de origen concretos que pudieran dar lugar a la persecución

que él decía sufrir, todo ello al tiempo en que salió de su país y pidió asilo en España. La situación en Siria ha empeorado en los últimos tiempos, se valora si habría que atribuir al recurrente la condición de refugiado *sur place* —no son refugiados al abandonar su país, pero adquieren tal condición posteriormente a raíz de hechos ocurridos en ese país durante su ausencia—. La Sala concluye diciendo que, dada la situación actual en su país de origen, exige concederle al menos la protección subsidiaria de autorización de permanencia en España por razones humanitarias y, al tratarse de esta autorización de permanencia, no se requiere la constatación de una persecución individual, cobrando relieve el análisis del conflicto social y el modo en que éste afecta a la persona inmersa en él, acreditada a través de información detallada sobre la evolución del país de origen. Se estima el recurso de casación, y se reconoce el derecho del actor de permanecer en España por razones humanitarias, al amparo del art. 17.2 de la Ley de Asilo.

b) Denegación de asilo: rechazo de aplicación del «Principio de no devolución»

La **STS de 18 de octubre de 2012**, ponente D. Pedro José Yagüe Gil, resolvía un asunto que traía causa de los siguientes hechos: se denegó el derecho de asilo y su posterior reexamen por parte del Ministerio del Interior en resoluciones redactadas de forma parca y sin referencia circunstanciada a las singularidades del caso, que se deduce del informe desfavorable del instructor, por haber sido condenado por un delito penal como autor de un delito de pertenencia o integración en organización terrorista. La Sala de la Audiencia Nacional desestima el recurso, con un voto particular discrepante, diciendo que, a la vista de la situación sociopolítica en Siria, y con apoyo en la doctrina del TEDH, entiende que debería haberse ordenado que el recurrente no sea devuelto en ningún caso a su país, o a otro tercero, que no ofrezca garantías de pleno respeto para su vida e integridad física o moral.

Interpuesto recurso de casación contra la mencionada sentencia, se invoca la infracción de los arts. 4 y10 de la Ley de Asilo, en relación con la definición de refugiado de la Convención de Ginebra, aduciendo otras circunstancias personales del recurrente, que ha cumplido su pena y su rechazo a la violencia terrorista, con el riesgo de maltratos y torturas en el caso de su devolución a Siria. Así mismo, la vulneración del art. 3 del CHDH y del art. 33.1 de la Convención de Ginebra en cuanto al llamado principio de «no devolución».

Respecto a la protección subsidiaria —ya que no solicita el asilo—, el motivo no prospera, porque los preceptos cuya infracción denuncia no han podido ser infringidos por la Sala de instancia, al haberse basado la desestimación del reconocimiento del derecho en otras razones que no se combate. Tampoco se estima el motivo relativo a la «no devolución», al no haber en la decisión de la Administración la menor alusión o referencia a la anterior decisión de expulsión y la salida obligatoria del solicitante del territorio español. De igual manera hizo el Tribunal de instancia, que insistió en que la salida de España del interesado era objeto de otro expediente, en concreto del procedimiento de expulsión, resuelto previamente a la solicitud de asilo. Se desestima el recurso de casación.

Se formula voto particular, en el sentido de que la sentencia debió reconocer el principio de no devolución en cuanto constituye la garantía más básica y primordial del sistema de protección de la Convención de Ginebra, y la regla general que se desprende de las nor-

mas de Derecho Internacional concordantes en que ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner a un refugiado en las fronteras de los territorios donde corra riesgo de perder la vida o ser sometido a torturas u otros tratos degradantes. Las excepciones no podrían ser invocadas ante una amenaza de tortura, como resalta el TEDH, y se recuerdan las sentencias del TJUE, que llega a similares resultados en supuestos de asilo referidos a un solicitantes acusado de actos de terrorismo en su país de origen, y concluye que en el ámbito de la Unión Europea se ha diseñado un modelo de protección coherente y homogéneo salvaguardando la operatividad del principio de no devolución, distinguido de las causas de exclusión o denegación de asilo. El Voto particular no comparte la aplicación automática del Tribunal de instancia de las causas de excepción al principio de no devolución, pues cabría concluir que el retorno del recurrente a su país podría comprometer su vida al existir un riesgo real. Debía, pues, estimarse el recurso exclusivamente de que la expulsión o devolución debería ser respetuosa con el principio de no devolución.

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA MACHETTI
JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO
M. ISABEL PERELLÓ DOMENECH
ENCARNA CARMONA CUENCA
RAFAEL BUSTOS GISBERT
YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS
MÓNICA ARENAS RAMIRO
MARÍA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL
IGNACIO GARCÍA VITORIA
MARÍA DÍAZ CREGO
MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO
ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. DERECHO COMUNITARIO.
   - **A) La primacía articula la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Nacional; el Tribunal Constitucional carece de competencias en este ámbito.**
3. LEY ORGÁNICA.
   - **A) Reserva de Ley Orgánica en relación con el estatuto de jueces y magistrados.**
4. LEY.
   - **A) Prohibición de que el Estado dicte regulaciones supletorias en materias de competencia autonómica.**
   - **B) El principio de confianza legítima no impide las modificaciones legislativas.**
   - **C) Es posible modificar una ley que integra el bloque de la constitucionalidad.**
5. DECRETO-LEY.
   - **A) El presupuesto de hecho habilitante exige eficacia inmediata, no ejecución inmediata.**
6. REGLAMENTO.
   - **A) Potestad reglamentaria.**
     - a) Límites legales al ejercicio de la potestad reglamentaria.
7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.
   - **A) Principio de igualdad en la Ley: la discriminación de los concejales no adscritos al no permitirles participar en las comisiones informativas vulnera el derecho a la participación política.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Id. Cendoj 28079130042012100821. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la **STC 8/2013, de 17 de enero**.

2. DERECHO COMUNITARIO

A) La primacía articula la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho Nacional; el Tribunal Constitucional carece de competencias en este ámbito

En la **STC 239/2012, de 13 de diciembre**, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia contra determinados preceptos de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional, en la redacción dada por la Ley 11/2005, de 22 de junio.

La parte recurrente alegó en su recurso que, debido a una inadecuada transposición al ordenamiento jurídico interno de una directiva comunitaria, la Directiva Marco de Aguas, se había producido una vulneración de principios constitucionales regulados en el art. 9.1 y 9.3 CE.

El Tribunal expone que el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) no entra en juego en las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional que se rigen por el principio de primacía.

Tampoco corresponde al Tribunal analizar si se produce la vulneración del art. 9.1 CE, pues es doctrina reiterada que «no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea; dicho de otro modo, la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional».

Por último, el Tribunal añade que «cuando los procesos constitucionales tienen por objeto disputas competenciales que tengan su origen en la transposición al Derecho interno de una Directiva comunitaria … no corresponde a este Tribunal decidir si la Directiva ha sido o no correctamente incorporada al ordenamiento interno ni, en su caso, si está siendo correctamente aplicada».

3. LEY ORGÁNICA

A) Reserva de Ley Orgánica en relación con el estatuto de jueces y magistrados

En la **STC 238/2012, de 13 de diciembre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Entre otras cuestiones, la citada Ley Orgánica modificaba el sistema de mayorías para la adopción de determinados acuerdos por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, lo que determinó una nueva redacción del art. 127 LOPJ.

El análisis de la modificación del estatuto de Jueces y Magistrados por la norma objeto de recurso exige, a juicio del Tribunal Constitucional, partir del concepto de independencia judicial, al cual el propio Tribunal se ha referido en jurisprudencia anterior. En este sentido, el Tribunal distingue, por un lado, entre la independencia del Poder Judicial respecto

del resto de poderes del Estado, y por otro la independencia de cada uno de los Jueces y Magistrados en ejercicio de su función jurisdiccional. La referencia a la independencia como elemento integrante del estatuto de Jueces y Magistrados se refiere a la que se debe garantizar en el ejercicio de su función jurisdiccional.

El Tribunal, ya en la STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 6, afirmó que la independencia del Poder Judicial «constituye una pieza esencial de nuestro ordenamiento como del de todo Estado de Derecho, y la misma Constitución lo pone gráficamente de relieve al hablar expresamente del "poder" judicial, mientras que tal calificativo no aparece al tratar de los demás poderes tradicionales del Estado, como son el legislativo y el ejecutivo», añadiéndose que «el Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción, y su independencia se predica de todos y cada uno de los Jueces en cuanto ejercen tal función, quienes precisamente integran el Poder Judicial o son miembros de él porque son los encargados de ejercerla». En la STC 37/2012, de 19 de marzo, se expuso que «la independencia del Poder Judicial… implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del legislativo y del ejecutivo» (FJ 4). Además se añadió «que, en el ejercicio de su función constitucional, el Juez es libre en cuanto que sólo está sujeto al imperio de la ley. O, dicho de otro modo, que los Jueces y Tribunales son independientes porque están sometidos únicamente al Derecho. Independencia judicial y sumisión al imperio de la ley son, en suma, anverso y reverso de la misma medalla» (STC 37/2012, FJ 5, y jurisprudencia allí citada).

La independencia de cada Juez o Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción debe ser respetada tanto en el interior de la organización judicial (art. 2 LOPJ) como por «todos» (art. 13 de la misma Ley). El Tribunal señala que la misma Constitución prevé «diversas garantías para asegurar esa independencia: en primer término, la inamovilidad, que es su garantía esencial (art. 117.2); pero también la reserva de Ley Orgánica para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados (art. 122.1), y su régimen de incompatibilidades (art. 127.2)» (FJ 6).

El Tribunal Constitucional señala que el estatuto de Jueces y Magistrados debe establecerse, por mandato constitucional, a través de una ley orgánica. Un elemento fundamental de dicho estatuto es el diseño de la carrera judicial.

A continuación, el Tribunal realiza una serie de reflexiones referidas a la carrera judicial. La existencia de una carrera judicial implica que los Jueces y Magistrados en nuestro país son todos ellos profesionales (art. 298.1 LOPJ), con la sola excepción de los Magistrados suplentes y Jueces de paz (art. 298.2 LOPJ). La existencia de una carrera judicial supone que los Jueces acceden al puesto tras la superación de una oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial (art. 301.3 LOPJ), y que el ascenso a las distintas categorías existentes en la carrera (Juez, Magistrado y Magistrado del Tribunal Supremo) está reglado, de acuerdo con una serie de normas contenidas en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 311 a 315 LOPJ). Ahora bien, el Tribunal señala que junto al cambio de categoría existen otras modificaciones en la situación profesional de Jueces y Magistrados que se asocian a la provisión de determinados destinos y que también implican una evolución dentro de la carrera judicial, por lo que afectan a su estatuto y, por

tanto, están previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así, por ejemplo, mediante ley orgánica se establece que la provisión de destinos de la carrera judicial también se hará por concurso, en el cual la posición en el escalafón tiene una importancia clave (arts. 326 a 332 LOPJ), suponiendo excepciones al sistema de concurso la provisión de los destinos de Presidentes de las Audiencias, los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, de Presidentes de Sala de la Audiencia Nacional y de Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, y de los Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo.

En el año 2004 el legislador decidió que determinados nombramientos debían requerir una mayoría reforzada de tres quintos sobre la totalidad de 21 miembros del Consejo, modificando la anterior previsión de mayoría absoluta, y forzando la búsqueda del consenso en la adopción de las decisiones relativas a estos nombramientos. Esta modificación, no obstante, exigía la consideración de los principios de mérito y capacidad. En este sentido, la Ley Orgánica 2/2004 introdujo en el último inciso del art. 127.1 LOPJ que «para efectuar dichas propuestas de nombramiento previstas en este apartado, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial velará, en todo caso, por el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad»

A juicio del Tribunal esta nueva regulación es conforme con la Constitución, ya que ésta no establece límite alguno al legislador orgánico a la hora de configurar el modo concreto en que el Consejo General del Poder Judicial adopta las decisiones relativas a la provisión de plazas de nombramiento discrecional. Por lo tanto, el legislador no está limitado por la Constitución para establecer el sistema de mayorías que se exijan en el seno del Pleno del Consejo General del Poder Judicial para proceder a esa provisión de plazas.

4. LEY

A) Prohibición de que el Estado dicte regulaciones supletorias en materias de competencia autonómica

En la **STC 228/2012, de 29 de noviembre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consell de la Generalitat de la Comunidad Valenciana contra determinados preceptos de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, al considerar que vulneran el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

Los títulos competenciales en conflicto en este caso son, el estatal de «legislación laboral» (art. 149.1.7 CE), por una parte, y el autonómico sobre «asistencia social» (art. 49.1.24 EAV), por otra.

El artículo 149.1.7 CE atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la materia de «legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas». La expresión «legislación», que define la competencia exclusiva del Estado en materia laboral, ha de ser entendida en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas, por lo que incluye tanto a las Leyes como a los reglamentos ejecutivos.

La Disposición transitoria tercera de la Ley impugnada regula las competencias en materia registral, estableciendo que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales podrá ejer-

cer una serie de funciones en este ámbito, hasta que las Comunidades Autónomas estén en disposición de ejercerlas. Por lo tanto, atribuye al Estado el ejercicio de competencias en materias que corresponden a la titularidad de las Comunidades Autónomas, si bien de forma transitoria, hasta que las ejerzan las Comunidades Autónomas.

El Tribunal Constitucional declara inconstitucional esta Disposición Transitoria «en tanto que acude a la supletoriedad para justificar una actuación administrativa en un ámbito de competencia autonómica». El Tribunal reitera su jurisprudencia sobre esta cuestión, expuesta en la STC 103/1989, FJ 4.c), que estableció que la supletoriedad no puede justificar una actuación administrativa estatal en ámbitos de competencia autonómica.

B) El principio de confianza legítima no impide las modificaciones legislativas

En la **STC 237/2012**, de 13 de diciembre, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, se alega la vulneración del principio de confianza legítima de aquellos ciudadanos que tenían puestas sus expectativas en el desarrollo y la aplicación del Plan Hidrológico Nacional.

El Tribunal mantiene que dicho principio deberá ponderarse junto con otros principios y valores, pero que no constituye un obstáculo infranqueable para el legislador, tampoco para el legislador de urgencia, so pena de incurrir en el riesgo de petrificación del ordenamiento jurídico. Para el Tribunal, es claro que el panorama de las normas jurídicas vigentes en cada momento incide en la forma según la cual los ciudadanos programan sus conductas. También lo es que determinadas modificaciones de algunas leyes pueden generar perjuicios a los ciudadanos y dar lugar, en su caso, a la correspondiente indemnización. En este sentido, el Tribunal concluye que lo que no cabe es equiparar esa eventual garantía de indemnidad con un pretendido derecho subjetivo a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico.

C) Es posible modificar una ley que integra el bloque de la constitucionalidad

En la **STC 195/2012, de 31 de octubre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de La Rioja contra determinados preceptos de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional, en la redacción dada por la Ley 11/2005, de 22 de junio.

La regulación impugnada establecía una fórmula de colaboración bilateral entre la Administración del Estado y la Generalitat de Cataluña para la aprobación del plan integral de protección del Delta del Ebro. Para los recurrentes, la nueva regulación, al definir el régimen hídrico y los caudales ambientales del tramo final del río Ebro, a través de la citada colaboración bilateral, rompe los principios de unidad e indivisibilidad de la cuenca y menoscaba la competencia de la Confederación Hidrográfica del Ebro, ya que la Confederación es el cauce institucional de participación de las Comunidades Autónomas en la gestión de la cuenca.

La Comunidad Autónoma recurrente alega que los preceptos impugnados son contrarios al art. 149.1.22.ª CE, en relación con el art. 14 del texto refundido de la Ley de aguas

aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, regulación que integra conjuntamente el bloque de la constitucionalidad en esta materia.

Sin embargo, según el Abogado del Estado no se produce dicha infracción. La nueva regulación establece una forma de colaboración entre el Estado y la Generalitat de Cataluña en un ámbito en el que se produce una concurrencia de competencias estatales y autonómicas. Esta forma de colaboración queda condicionada por un acto de aprobación estatal, como exige la aplicación de la competencia exclusiva que el art. 149.1.22.ª CE atribuye al Estado cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma. Por tanto, aunque la nueva regulación modifique la Ley de Aguas, no infringe la regulación constitucional.

El Tribunal afirma que el bloque de la constitucionalidad no es inamovible. Una cosa es que, al ejercer la competencia que le corresponde *ex* art. 149.1.22.ª CE, el legislador estatal deba respetar los límites señalados por el Tribunal, y otra negarle todo margen de configuración legal, inherente a su potestad legislativa.

En la STC 227/1988, el Tribunal expuso que «del conjunto de las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables en materia de aguas puede extraerse más de una interpretación, sin forzar los conceptos empleados por tales normas y dentro siempre de los límites constitucionales. La misión de este Tribunal no consiste en señalar en abstracto cuál de entre las constitucionalmente posibles resulta la más oportuna, adecuada o conveniente, sino que debe ceñirse a enjuiciar en concreto si las normas legales ahora cuestionadas infringen o no la Constitución o los Estatutos de Autonomía. A tal efecto, sin que ello suponga una descalificación de otras opciones desde la perspectiva estricta de su legitimidad constitucional, debemos determinar si dichas normas son o no ajustadas a una interpretación de las reglas constitucionales y estatutarias que pueda considerarse lícita» (FJ 13).

En consecuencia, el Tribunal concluye que no cabe considerar lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de aguas como canon de constitucionalidad, ni en lo que se refiere a su regulación sustantiva, ni en cuanto a lo que la Comunidad Autónoma recurrente denomina «modelo confederal participativo», porque lo contrario implicaría aceptar una petrificación rígida del ordenamiento estatal en materia de aguas que no se compadece con la libertad que aquél tiene para decidir entre varias opciones constitucionalmente posibles. La modificación del régimen establecido en una ley ordinaria por otra ley ordinaria posterior, efecto normal del principio de sucesión de normas, tampoco implica vulneración alguna de los principios de legalidad y jerarquía normativa (art. 9.1 y 9.3 CE).

Todo ello sin perjuicio de que alguno de los principios rectores recogidos en el art. 14 del texto refundido de la Ley de aguas, en particular el principio de unidad de cuenca, tenga relevancia constitucional, como quedó establecido en las SSTC 30/2011 y 32/2011, pues, como es evidente, dicha relevancia emana directamente de la propia Constitución.

En el mismo sentido, las **SSTC 239 y 240/2012**, ambas **de 13 de diciembre**, que resuelven los recursos interpuestos respectivamente por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia y por el Consejo de Gobierno de Castilla y León.

5. DECRETO-LEY

A) El presupuesto de hecho habilitante exige eficacia inmediata, no ejecución inmediata

En la **STC 237/2012, de 13 de diciembre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Gobierno de la Generalitat Valenciana, en relación con el Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional.

A lo largo de toda la Sentencia, el Tribunal Constitucional reitera el hecho de que no forma parte de sus competencias el realizar un juicio técnico o de calidad sobre el contenido de las normas que se someten a su jurisdicción, dado que este tipo de consideraciones estaban presentes, de una u otra manera, en los argumentos esgrimidos por los recurrentes.

En relación con la extraordinaria y urgente necesidad como presupuesto de hecho habilitante para poder dictar un Decreto-ley, los recurrentes alegan que en el preámbulo del Real Decreto-ley 2/2004 y en la intervención de la Ministra de Medio Ambiente en el debate parlamentario de convalidación se justifica su concurrencia en la necesidad imperiosa de suministrar agua a las cuencas deficitarias y de hacerlo con una solución técnica, que es la que se plasma en las actuaciones e infraestructuras enumeradas en los anexos III y IV. Esta solución es muy distinta de las previstas en la Ley del plan hidrológico nacional, que pretendía resolver estos problemas mediante el trasvase de aguas desde la cuenca baja del río Ebro a esas cuencas mediterráneas deficitarias.

Sin embargo, para el Letrado de la Generalitat Valenciana, el recurso a la norma de urgencia no se justifica cuando, como es aquí el caso, las medidas adoptadas en el decreto-ley carecen de eficacia inmediata y su efectividad queda diferida al momento en que concluyan las obras de infraestructura precisas para ponerlas en marcha.

Por otro lado, la derogación de los preceptos de la Ley del plan hidrológico nacional enumerados en la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 2/2004 no satisfaría el requisito relativo a la conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación de urgencia y las medidas arbitradas para hacerle frente, pues si lo que se pretendía era no llevar a cabo el trasvase de aguas de la cuenca del Ebro a las cuencas interiores de Cataluña, del Júcar, del Segura y del Sur, hubiera bastado con paralizar las actuaciones materiales emprendidas, lo que además hubiera sido más respetuoso con la confianza legítima generada en torno a la realización del trasvase.

El Tribunal destaca que no debe confundirse la eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de esta. El Tribunal expone que el art. 86.1 CE solo exige la concurrencia de «circunstancias difíciles o imposibles de prever, (que) requieren una acción normativa inmediata» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3), en tanto que «la celeridad de la completa ejecución estará en función de la naturaleza y complejidad de las propias medidas adoptadas en cada decreto-ley para hacer frente a la situación de urgencia».

En este caso la eficacia inmediata se produce, ya que el Decreto-ley deroga los preceptos de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional que regulaban diversos aspectos del trasvase del Ebro (disposición derogatoria única) e incluye nuevas infraestruc-

turas de suministro y gestión de los recursos hídricos (artículo único), entrando en vigor ambas disposiciones el mismo día de la publicación del Real Decreto-ley 2/2004 en el diario oficial, que tuvo lugar el 19 de junio de 2004.

La jurisprudencia constitucional exige asimismo que exista una conexión de sentido «en términos de adecuación y congruencia», entre la situación urgente y extraordinaria y las concretas medidas adoptadas para hacerle frente. El Letrado de la Generalitat considera que en este caso no existe dicha conexión. A su juicio, hubiera bastado con paralizar las obras de realización de las infraestructuras necesarias para la realización del trasvase del Ebro, sin necesidad de derogar los preceptos de la Ley del plan hidrológico nacional relativos al mismo», pues, según indica en su argumentación, «está al alcance de un Gobierno decidir libremente la realización o no de unas de unas obras expresamente declaradas de interés general por el legislador».

Sin embargo, el Tribunal considera que la realización de las obras previstas es una obligación que el Gobierno debe cumplir, de modo que, en tanto esté vigente la ley, en este caso la Ley del plan hidrológico nacional, no existe libertad de elección y debe ejecutar las previsiones legales en virtud de los principios de legalidad, seguridad jurídica y pleno sometimiento de la acción administrativa a la ley y al Derecho (arts. 9.3 y 103.1 CE). En este sentido considera necesaria la derogación de la normativa previa que realiza el Decreto-Ley.

Por lo mismo que la Ley del plan hidrológico nacional no se limitó a autorizar una serie de actuaciones, dejando su ejecución a la libre decisión del Gobierno, tampoco puede sostenerse que éste pueda desentenderse de la realización de aquéllas. La inaplicación de la ley no es una alternativa en nuestro ordenamiento constitucional, y por ello mismo, en tanto no se derogasen formalmente los preceptos de la Ley del plan hidrológico nacional que contenían el régimen jurídico del trasvase de aguas de la cuenca baja del Ebro, era necesario llevar a cabo las actuaciones materiales necesarias para cumplimentarlo y destinar a tal fin los fondos precisos.

El cambio en materia de política hidráulica que sostuvo el nuevo Gobierno surgido de las elecciones legislativas celebradas en España el 14 de marzo de 2004 exigía la modificación de la legislación en vigor. De ahí la necesidad de adoptar medidas urgentes a través del Decreto-Ley objeto del recurso que resuelve la Sentencia objeto de análisis.

6. REGLAMENTO

A) Potestad reglamentaria

a) Límites legales al ejercicio de la potestad reglamentaria

La **STS** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 4.ª) **de 21 de diciembre de 2012** (ponente: Santiago Martínez-Vares García, núm. recurso Contencioso-Administrativo 366/2010, Id. Cendoj 28079130042012100821) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Universidad de Granada contra el Real Decreto 632/2010, de 14 de mayo, por el que se regula el contenido básico de las enseñanzas artísticas superiores de

Grado en Danza establecidas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y en el Real Decreto 1614/2009, de 26 de octubre.

El primero de los problemas planteados en el recurso es la posibilidad de impugnar indirectamente un reglamento apoyándose en la impugnación directa de otra norma reglamentaria. Esto es, en el caso, si es posible impugnar el Real Decreto 632/2010, de 14 de mayo, y alegar indirectamente la ilegalidad del Real Decreto 1614/2009, de 26 de octubre. Para resolver esta cuestión, el Tribunal analiza la relación existente entre ambas normas reglamentarias. Concluye que no están vinculados jerárquicamente, puesto que ambos reglamentos proceden del Consejo de Ministros; y que tampoco existe una relación de dependencia material entre uno y otro, pues ambos desarrollan directamente la Ley Orgánica de Educación (FJ 6). De modo que la disparidad entre ambos reglamentos debía saldarse con la derogación del reglamento anterior por el posterior. Esto significa que el único parámetro de validez del reglamento impugnado es la Ley Orgánica de Educación y no el Real Decreto previamente aprobado en desarrollo de esta. De forma que las alegaciones referidas a la ilegalidad del Real Decreto 1614/2009 deben inadmitirse.

Una vez centrado el objeto del recurso, el Tribunal pasa a analizar las alegaciones de la recurrente que apoyan su petición de declarar la nulidad del Real Decreto 632/2010. El primer motivo de impugnación se refiere a la denominación de la enseñanza artística superior de diseño como enseñanza «de grado» y del título que lleva aparejado como título de «graduado o graduada», expresiones que se reputan contrarias a la Ley Orgánica de Educación y a la Ley Orgánica de Universidades. El segundo motivo de impugnación se centra en la restricción que impone el Real Decreto a la potestad de establecimiento de enseñanzas universitarias derivada del derecho fundamental a la autonomía universitaria, regulada en la Ley Orgánica de Universidades y en el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

En relación con la primera alegación, el Tribunal se remite a su jurisprudencia vertida en casos similares. En especial, señala que «[e]stas mismas razones nos llevaron a anular también los arts. 7.1, 11 y 12 del RD 1614/2009, como puede verse en los fundamentos quinto y sexto de las citadas sentencias, que ya no parece necesario reproducir en la medida en que se remiten a este fundamento cuarto, íntegramente transcrito. Lo relevante es que los razonamientos en él contenidos son igualmente aplicables al reglamento que es aquí objeto de impugnación, que por consiguiente emplea unas expresiones contrarias a la LOE cuando califica a las enseñanzas artísticas superiores de diseño como enseñanzas «de grado» y al título que éstas llevan aparejado como título «de graduado o graduada». Como decíamos en esas mismas sentencias (fundamento sexto, último párrafo), «la Ley no otorgó al primer ciclo o grado de las Enseñanzas Artísticas Superiores ese título de grado sino los que específicamente denominó como títulos superiores en Enseñanzas Artísticas Superiores, tal y como resulta de los artículo 54 a 57 de la Ley Orgánica 2/2.006 de Educación, títulos, eso sí, que como también allí expusimos son a todos los efectos equivalentes al título de Grado pero que no pueden denominarse de ese modo». Con base en este razonamiento, el Tribunal señala que deben anularse los términos «de grado» y «graduado o graduada» para referirse a las enseñanzas artísticas superiores de diseño y a los títulos que conllevan (FJ 7).

En relación con el segundo motivo de impugnación señala el Tribunal que «[c]on independencia de que coincidamos o no con el planteamiento que realiza la demandante o con

las apreciaciones de la defensa del Estado, lo que es claro es que la disposición adicional séptima es nula de pleno derecho, toda vez que la advertencia que efectúa a las Administraciones educativas para evitar que existan títulos en las enseñanzas universitarias que puedan pertenecer a ámbitos disciplinares que coincidan con títulos oficiales de las enseñanzas artísticas superiores se refiere a los títulos de grado de estas enseñanzas artísticas, que como ya hemos anticipado en otros momentos de esta sentencia, no existen en esas enseñanzas, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 2/2006 de educación, artículos 54 a 57, y como también referimos al considerar conforme a Derecho el artículo 15 de este Real Decreto cuando para permitir el acceso a las enseñanzas oficiales de máster considera necesario estar en posesión de un título superior oficial de enseñanzas artísticas». Por lo que también se declara la nulidad del artículo 4.3 del Real Decreto impugnado.

7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad en la Ley: la discriminación de los concejales no adscritos al no permitirles participar en las comisiones informativas vulnera el derecho a la participación política

En la **STC 246/2012, de 20 de diciembre**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con el art. 33.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid, por posible vulneración de los arts. 14 y 23.2 CE.

El art. 33.3 citado dispone que «las comisiones estarán integradas exclusivamente por Concejales designados por los distintos grupos políticos de forma proporcional a su representatividad en el Pleno». En la cuestión de inconstitucionalidad se plantea que, dado que esta regulación excluye absolutamente a los concejales no adscritos de su participación en las comisiones informativas municipales, infringe el art. 23.2 CE.

En efecto, la exclusión absoluta de los concejales no adscritos del derecho a asistir a las comisiones informativas y participar (con voz y voto) en sus deliberaciones no es conforme a los derechos del cargo electo garantizados por el art. 23.2 CE, porque supone dificultar la posterior defensa de las posiciones políticas de los miembros no adscritos mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, incidiendo por ello de forma negativa en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal individualmente considerado.

En consecuencia, el Tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad del art. 33.3 de la Ley 2/2003, por considerarlo contrario al derecho de participación política (art. 23.2 CE) al facultar a los grupos políticos para designar en exclusiva a concejales pertenecientes a los distintos grupos para formar parte de las comisiones informativas municipales.

El Tribunal Constitucional concluye que la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del art. 33.3 de la Ley 2/2003 exige que sea el legislador (en este caso la Asamblea de Madrid) el que decida cómo deben designarse los concejales para formar parte de las comisiones informativas municipales de modo que se preserve el principio de proporcionalidad

en la composición y funcionamiento de estas comisiones, garantizando los derechos de participación política de los concejales no adscritos (en caso de que los hubiere) en dichas comisiones, pero evitando que se produzca un eventual resultado indeseado de sobrerrepresentación de estos concejales, que sería contrario a las exigencias de dicho principio. En este sentido, el art. 73.3 LBRL, en su párrafo tercero, dispone que «los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia».

En este sentido resulta interesante destacar que, aunque el Tribunal remita al legislador esta tarea, orienta cómo debe proceder en este caso. El Tribunal expone que «el legislador debe articular las disposiciones que procedan para asegurar que, en el caso de que en la corporación municipal existan concejales no adscritos, las comisiones informativas estén integradas no sólo por concejales pertenecientes a los distintos grupos políticos, sino también por concejales no adscritos, siempre de forma proporcional a su representatividad en el Pleno; así como para garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas en las que se integren no altere la exigencia constitucional de proporcionalidad en la composición y funcionamiento de dichas comisiones».

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ
SILVIA DÍEZ SASTRE

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PROCEDIMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Sumario

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO.
   - **A) Acto impugnable.**
     - a) Acto de trámite inimpugnable.
     - b) Acto de trámite impugnable: acto que declara la caducidad y archivo de procedimiento de evaluación de impacto ambiental.
     - c) Acto administrativo de destinatario plural: relaciones de puestos de trabajo.
     - d) Acto inimpugnable: acto consentido y firme.
3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
   - **A) Iniciación.**
     - a) Legitimación del denunciante en un procedimiento disciplinario.
   - **B) Tramitación.**
     - a) Suficiencia del apoderamiento suscrito en documento administrativo simple para la firma de actas de conformidad.
     - b) Actuaciones administrativas e inducción a actuar en cumplimiento del principio de confianza legítima.
     - c) El procedimiento complejo de construcción de carreteras y la remisión al Consejo de Ministros.
     - d) Apeo realizado sobre el terreno, independiente del acta con posterioridad: irregularidad no invalidante.
     - e) Omisión del trámite de audiencia en procedimiento no sancionador.
     - f) Derecho de acceso a registros y solicitud de copia de expediente administrativo.
     - g) Orden de tramitación de solicitudes sobre aprovechamientos mineros, de distinta naturaleza.
   - **C) Terminación.**
     - a) Inaplicabilidad de la caducidad del procedimiento cuando la cuestión afecte al interés general.
     - b) Circunstancias excepcionales previstas en la Ley para la ampliación del plazo máximo para resolver un procedimiento.
     - c) Cómputo de la fecha de publicación de la resolución aprobatoria del deslinde, y no de la notificación, en la caducidad del procedimiento de deslinde de vías pecuarias.

d) Posibilidad de reiniciar expedientes sancionadores caducados mientras la infracción no prescriba.
e) Liquidación practicada fuera de plazo no supone la caducidad del procedimiento.
f) Desistimiento de forma verbal por uno de los administradores mancomunados de la sociedad.
g) Caducidad del procedimiento de declaración de bien nacional de interés cultural.
h) Silencio administrativo positivo en el reconocimiento de la condición de organización empresarial más representativa.
i) Imposibilidad de obtener licencias de urbanismo por silencio *contra legem.*
j) Inexistencia de silencio administrativo positivo en la retasación.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

A) Motivación.

a) Motivación suficiente.

5. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) Notificación.

a) Acto notificado en anterior domicilio: diligencia mínima de la Administración.
b) Notificación de resolución sancionadora vía fax.
c) Notificación edictal y protección de datos de carácter personal.
d) Improcedencia de notificación edictal.

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO.

A) Recursos administrativos.

a) Recurso extraordinario de revisión por error de hecho: supuestos y alcance.
b) Reclamación económico-administrativas y retroacción de actuaciones.
c) Interposición de recurso de alzada: requisitos.
d) Interposición de recursos y reclamaciones y prescripción de deuda tributaria.

B) Revisión de oficio.

a) Revocación de licencias de armas.
b) Revisión de oficio de acto antes de dictar uno nuevo que lo sustituya.
c) Inexistencia de rectificación de error material: procede la revisión de oficio.

---

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de septiembre y diciembre de 2012, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. En el período analizado llama la atención el gran número de sentencias estudiadas, de entre las que se puede destacar la STS de 13 de noviembre de 2012, relativa a la notificación edictal y la protección de datos de carácter personal. De igual forma, tiene un especial interés la STS de 25 de octubre de 2012, relativa a la potestad revisora de los Tribunales económico-administrativos y sus límites.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

A) Acto impugnable

a) Acto de trámite inimpugnable

La **STS de 29 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 27/2011, califica como acto de trámite inimpugnable la comunicación a los recurrentes de las condiciones en que sería factible la concesión de aprovechamientos de aguas subterráneas destinadas a riego. Este tipo de comunicación tiene sensibles analogías con otras figuras encuadrables en actos de comunicación-información en que la Administración hace saber a los interesados las condiciones concretas de ordenación y usos previstos en instrumentos de planeamiento urbanístico, como es el caso de las cédulas e informaciones urbanísticas, para las que ha sido jurisprudencia consolidada de la Sala la imposibilidad de impugnación autónoma de tales actos.

De igual forma, la **STSJ de las Islas Baleares de 26 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.ª), sentencia núm. 821/2012, califica como acto de trámite no cualificado y, por tanto, no impugnable, un acta de infracción emitida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

b) Acto de trámite impugnable: acto que declara la caducidad y archivo de procedimiento de evaluación de impacto ambiental

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.ª), sentencia núm. 532/2012, afirma que no puede considerarse como un mero acto de trámite no susceptible de impugnación autónoma la resolución por la que se da por caducada la tramitación del expediente correspondiente a una evaluación de impacto ambiental y acuerda el archivo del expediente. El Tribunal considera que, conforme a su contenido, no se trata de una mera declaración de impacto ambiental, sino una resolución que acuerda declarar la caducidad y el archivo del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, es decir, que termina el procedimiento.

c) Acto administrativo de destinatario plural: relaciones de puestos de trabajo

La **STS de 23 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 7.ª), recurso de casación núm. 2741/2011, reproduce la oscilante doctrina del propio Tribunal relativa a la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo, que no permite llegar a una solución de índole general, suficientemente segura, sino que responde a un marcado casuismo, que explica las dudas de los recurrentes a la hora de optar por una vía segura de impugnación. Esto justifica que la recurrente considerase adecuado y pertinente el recurso administrativo que utilizó. Por ello, no puede aceptarse en este caso, aun en el hipotético supuesto de que se considerase a las relaciones de puestos de trabajo como disposición general, la alegada extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo por el hecho de haber acudido a dicho recurso administrativo antes de interponer el contencioso-administrativo.

d) Acto inimpugnable: acto consentido y firme

La **STS de 29 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 7.ª), recurso de casación núm. 5331/2011, recuerda la naturaleza de acto inimpugnable de aquellos actos que son confirmatorios o reproductores de otros anteriores. Así sucede en el acto objeto del recurso. Se trata del acto municipal de aprobación definitiva de los Presupuestos Generales y, en concreto, una partida presupuestaria correspondiente al complemento específico del Interventor y del Secretario de la Corporación. Pues bien, consta en las actuaciones que el incremento retributivo de tal complemento retributivo fue decidido en un acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación seis meses antes del acto impugnado sin que, en aquel primer momento, se interpusiera recurso alguno frente a tal decisión del Pleno. Los Presupuestos Generales ahora recurridos no hacían sino llevar a debido efecto, a través de la cuantificación de las correspondientes partidas, las obligaciones adquiridas en el acuerdo anterior, acto administrativo cuyo contenido, en tanto devino firme por no haber sido recurrido en tiempo y forma, era inatacable y, por tanto, no susceptible de revisión a través de la aprobación del Presupuesto anual.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de septiembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), sentencia núm. 647/2012, afirma la improcedencia de la impugnación de un acto de trámite, como es la toma de posesión de los titulares en situación de excedencia. En realidad, lo que se ha llevado a cabo es la impugnación indirecta de un acto administrativo (la toma de posesión), con el objetivo de impugnar, en realidad, el nombramiento, acto no recurrido en tiempo y forma y, por lo tanto, consentido y firme.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Iniciación

a) Legitimación del denunciante en un procedimiento disciplinario

En la **STS de 24 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 342/2010, ante los problemas que plantea la legitimación de los denunciantes frente a las resoluciones administrativas que acuerdan el archivo de un procedimiento disciplinario, se reitera la jurisprudencia consolidada que circunscribe dicha legitimación activa a cuestionar si el órgano instructor competente ha desarrollado la actividad investigadora necesaria sobre las disfunciones o irregularidades que se le hayan comunicado en relación con la actuación del funcionario denunciado. Esta misma jurisprudencia niega dicha legitimación cuando lo que se pretende es que esa actuación investigadora termine necesariamente con un acto sancionador o se adopten medidas o sanciones concretas.

B) Tramitación

a) Suficiencia del apoderamiento suscrito en documento administrativo simple para la firma de actas de conformidad

La **STS de 24 de septiembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4959/2011, examina la doctrina

jurisprudencial sobre la representación necesaria para la firma de actas de conformidad, y reitera que es suficiente el apoderamiento suscrito en documento administrativo simple. Como ha establecido jurisprudencia reiterada, la suscripción de un acta extendida por la Inspección de los Tributos no es un acto de mero trámite, único para el que la Ley General Tributaria presumía la representación, por lo que no es admisible la actuación de un representante que no acredite el apoderamiento. Ahora bien, la necesaria representación expresa para la firma de actas de inspección no implica que dicha representación deba necesariamente contenerse en documento público o bien en documento privado con firma legitimada notarialmente.

b) Actuaciones administrativas e inducción a actuar en cumplimiento del principio de confianza legítima

Las **SSTS de 20 de septiembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recursos de casación núm. 5514/2009 y 5511/2009, confirman las sentencias de instancia, estimatorias de los recursos interpuestos frente a la denegación de autorización para la construcción de viviendas en terrenos afectados por las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de Madrid-Barajas. Frente a las alegaciones del recurrente, el Tribunal Supremo recuerda el alcance y sentido del principio de confianza legítima, recogido en la LRJPAC, en el derecho procedimental administrativo europeo y en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Se trata de un principio relacionado con los principios más tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y comporta que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones.

En el supuesto de hecho enjuiciado, según el Tribunal Supremo, la existencia de informes preceptivos anteriores y la autorización del Plan parcial que señalaban que se podría construir en determinadas condiciones que se cumplieron en los proyectos realizados indujeron a la actuación de la Administración local y de los particulares en cumplimiento del principio de confianza legítima. Por ello, y con independencia de que no se estuviera en presencia de derechos adquiridos, confirma la improcedencia de la denegación de la autorización para construir en base a una nueva exigencia que no aparecía prevista en la disposición sobre la que se asienta dicha denegación.

c) El procedimiento complejo de construcción de carreteras y la remisión al Consejo de Ministros

La **STS de 28 de septiembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.ª), recurso de casación núm. 4138/2003, interpreta el art. 10.1 de la Ley 25/1988, de Carreteras, también aplicable al procedimiento de construcción de infraestructuras ferroviarias, y destaca que el Estudio informativo constituye una fase procedimental preliminar vinculada a la fase de proyección del trazado de la carretera, de carácter sustancial, que se incardina en el complejo *iter* procedimental que debe seguirse en la construcción de una carretera estatal. No cabe insertar en esta fase procedimental un trámite complementario de remisión

del expediente al Consejo de Ministros para que resuelva las eventuales discrepancias que se han podido suscitar por las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales afectadas en el trámite de información pública y audiencia. La intervención del Consejo de Ministros, a que alude el segundo inciso del art. 10.1 de la Ley 25/1988, de carreteras, se requiere para articular la necesaria coordinación de la competencia estatal en materia de planificación y proyección de carreteras estatales con la competencia de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos en materia urbanística, y se produce una vez aprobado el Estudio informativo por el Ministerio de Fomento, teniendo por finalidad no la de alterar el trazado en la forma aprobada, sino la resolución de si procede ejecutar el proyecto y, en consecuencia, ordenar la modificación o revisión del planeamiento urbanístico del municipio afectado.

d) Apeo realizado sobre el terreno, independiente del acta con posterioridad: irregularidad no invalidante

La **STS de 5 de diciembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 5404/2010, confirma el carácter no invalidante de las irregularidades presentadas en el caso durante la realización del apeo en el procedimiento de deslinde de bienes del dominio marítimo terrestre en tramo de costa. El apeo se realizó sobre el terreno, mostrando a los interesados la delimitación del deslinde del dominio público, si bien el acta se practicó con posterioridad y sin citación de los interesados. Dado que no se produjo indefensión efectiva, pues los interesados pudieron presentar alegaciones tras el apeo, el Tribunal confirma que se trata de una irregularidad de forma no invalidante.

e) Omisión del trámite de audiencia en procedimiento no sancionador

La **STS de 18 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.ª), recurso de casación núm. 3697/2011, desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de instancia, en materia de Marcas. La Sala reitera la jurisprudencia consolidada sobre la falta de cumplimiento del trámite de audiencia en un procedimiento no sancionador, que no permite la revisión de oficio de los actos nulos del art. 102 LRJPAC, ya que dicha infracción no es determinante por sí sola de la nulidad de pleno de derecho, sino, en su caso, de la anulabilidad del art. 63.2 LRJPAC, y que puede conducir a la anulación del acto en aquellos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa.

f) Derecho de acceso a registros y solicitud de copia de expediente administrativo

La **STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 9.ª), recurso contencioso-administrativo núm. 343/2009, reconoce el derecho del recurrente a solicitar copia del expediente administrativo por el cual se otorgó la adjudicación de una vacante de libre designación. La Sala rechaza que dicha solicitud relativa a un procedimiento ya concluido pueda basarse en el art. 35.a) de la LRJPAC, que se refiere literalmente a la obtención de copias de documentos contenidos en los procedimientos en tramitación y en los que el solicitante ostentara la condición de interesado. Por el contrario,

la Sala afirma el derecho del recurrente en base al art. 37 LRJPAC, que recoge el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y a los documentos, que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

g) Orden de tramitación de solicitudes sobre aprovechamientos mineros, de distinta naturaleza

Las **SSTS de 19 y 21 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.ª), recursos de casación núm. 4584/2009 y 4576/2009, desestiman el recurso de casación frente a la sentencia de instancia, sobre autorización de explotación de recursos mineros. Los recurrentes alegaban la infracción del art. 74.2 LRJPAC y del principio general del derecho *prior tempore potior iure*, por no haberse respetado el orden de presentación para resolver las distintas solicitudes de aprovechamientos mineros sobre el mismo terreno. La Sala confirma que la prioridad de aprovechamientos mineros no se determina por el momento de la solicitud, ya que son autorizaciones de diferente naturaleza, sino en razón del que resulta preferente para el interés público en caso de incompatibilidad. El enfrentamiento de aprovechamientos debe resolverse no por el principio de prioridad en la solicitud (que era el aceptado por la vieja Ley de Minas de 1944), sino por el principio de prevalencia del mayor interés o utilidad pública que la Ley de Minas establece.

C) Terminación

a) Inaplicabilidad de la caducidad del procedimiento cuando la cuestión afecte al interés general

La **STS de 16 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 2530/2010, confirma la sentencia recurrida sobre deslinde de los bienes del dominio público marítimo terrestre. En relación con un expediente iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/2002, que estableció el plazo de 24 meses para notificar la resolución de los procedimientos de deslinde del dominio público marítimo terrestre, y ante la inexistencia de determinación legal sobre el plazo el máximo para la finalización del procedimiento, el Tribunal Supremo confirma la no aplicabilidad del plazo supletorio de tres meses previsto en el art. 42 de la Ley 30/1992, cuando los procedimientos fueron iniciados de oficio y no a solicitud de los interesados, y sin que además pueda calificarse dicho procedimiento como limitador o restrictivo de derechos, pues el deslinde tiene como finalidad la protección del interés general en declarar el dominio público marítimo terrestre definido por la ley, e incluso, en los procedimientos iniciados a instancia de los particulares, el art. 92 de la Ley 30/1992 prevé la inaplicabilidad de la caducidad cuando la cuestión suscitada afecte al interés general.

b) Circunstancias excepcionales previstas en la Ley para la ampliación del plazo máximo para resolver un procedimiento

La **STS de 29 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 4512/2011, destaca los aspectos reguladores de la habilitación

para la ampliación del plazo para resolver según el art. 42.6 LRJPAC. Tras dicho análisis, y en contra el pronunciamiento de la sentencia de instancia, declara que la ampliación —por dos veces— del plazo para resolver no está suficientemente justificada: ni se concreta el gran número de «personas afectadas» por el procedimiento (en este caso, de deslinde de dominio público marítimo terrestre), ni se justifica que previamente a la ampliación se hubieran agotado todos los medios —materiales y personales— a disposición posibles, ni se lleva a cabo por las resoluciones ampliatorias cuestionadas una motivación clara de las circunstancias concurrentes. Ante la improcedencia de la ampliación del plazo, el procedimiento de deslinde había caducado por lo que el TS al casar la sentencia de instancia anula el deslinde efectuado.

c) Cómputo de la fecha de publicación de la resolución aprobatoria del deslinde, y no de la notificación, en la caducidad del procedimiento de deslinde de vías pecuarias

Las **SSTS de 4 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.ª), recursos de casación núm. 6741/2010 y 6743/2010, confirman que en aplicación de la normativa sectorial específica sobre deslinde de vías pecuarias en Castilla-La Mancha, el *dies ad quem* para el cómputo del plazo máximo para notificar, de dos años, es la fecha de la publicación de la resolución aprobatoria del deslinde, mientras que la fecha de notificación personal a los interesados tiene el efecto del inicio del cómputo del plazo para su impugnación. De esta forma, tratándose de un procedimiento administrativo que afecta a una pluralidad de propietarios colindantes, la toma en consideración de la fecha de publicación como *dies ad quem* para el cómputo de la caducidad evita la caducidad porque alguno de los colindantes, por las razones que sean, no reciban la notificación dentro de ese plazo.

d) Posibilidad de reiniciar expedientes sancionadores caducados mientras la infracción no prescriba

La **STSJ de Murcia de 15 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recurso contencioso-administrativo núm. 666/2008, recoge la jurisprudencia consolidada sobre la posibilidad de reiniciar los expedientes sancionadores caducados mientras no haya prescrito la infracción, y que refleja con claridad la norma aplicable, el art. 92.3 LRJPAC, reformado tras la Ley 4/1999, en el que se afirma que «la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción».

e) Liquidación practicada fuera de plazo no supone la caducidad del procedimiento

Las **SSTS de 25 y 26 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recursos núm. 2116/2009 y 4940/2009, en materia de canon de vertidos, confirman que el incumplimiento del plazo para notificar la liquidación en materia de canon de vertidos según el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, no afecta a la validez y eficacia de la liquidación. Asimismo recuerdan la jurisprudencia reiterada sobre la aplicación del instituto de la caducidad en el ámbito tributario, y en particular según el art. 105.2 de la

LGT, que señala que «la inobservancia de los plazos por la Administración no implicará la caducidad de la acción administrativa, pero autorizará a los sujetos pasivos para reclamar en queja». Cuando se devenga la tasa no se inicia ningún procedimiento, por lo que el incumplimiento del plazo para dictar liquidación no puede representar un supuesto de caducidad. Por lo demás, la ley no establece que el incumplimiento del plazo determine la imposibilidad de girar la liquidación una vez finalizado el plazo para liquidar, por lo que no puede acarrear otras consecuencias que las previstas con carácter general en el art. 63 LRJPAC.

f) Desistimiento de forma verbal por uno de los administradores mancomunados de la sociedad

En la **STS de 12 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.ª), recurso de casación núm. 3484/2009, sobre concesiones administrativas, se plantea la eficacia del desistimiento manifestado de forma verbal por uno de los tres administradores mancomunados de la sociedad, ante la falta de constancia del desistimiento expreso y escrito de la entidad mercantil recurrente, verdadera promotora del expediente. Según el TS, aunque fuera cuestionable el poder para desistir a través de un solo administrador, hay que tener en cuenta que el ejercicio de la facultad de representación de los administradores sociales en el expediente se asemejaba más a un supuesto de solidaridad que de mancomunidad, dado que encabezaban indistintamente los muchos escritos que en él obran, y también podría considerarse que el desistimiento fue confirmado por los actos posteriores de la sociedad representada. En todo caso, no fue posible un pronunciamiento judicial sobre dicha cuestión, dado que el citado desistimiento no fue recurrido: el procedimiento concluyó por desistimiento (art. 91.2 LRJPAC), mediante un acuerdo administrativo expreso que aceptó una manifestación de voluntad en tal sentido y proveyó en consecuencia el archivo del expediente, acuerdo que ha devenido consentido y firme.

g) Caducidad del procedimiento de declaración de bien nacional de interés cultural

La **STS de 6 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.ª), recurso de casación núm. 3623/2009, confirma la aplicación del art. 44.2 LRJPAC, reformado en 1999, y que desplaza a lo dispuesto en la Ley del Patrimonio Cultural Catalán: en procedimientos de declaración de bienes de interés cultural, una vez transcurrido el plazo máximo de dieciocho meses contados desde la incoación del expediente, se produce la caducidad sin necesidad de que el interesado proceda a la previa denuncia de mora prevista en la legislación catalana, que obligaba al interesado a solicitar la caducidad del expediente y concedía a la Administración un nuevo plazo de veinte días a partir de esa petición para resolver.

h) Silencio administrativo positivo en el reconocimiento de la condición de organización empresarial más representativa

La **STS de 25 de septiembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.ª), recurso de casación núm. 4332/2011, declara que la solicitud de la entidad recurrente para

que fuera reconocida la condición de organización empresarial más representativa a efectos de la representación institucional ante la Administración de la Generalidad de Cataluña lo es en el ejercicio de un procedimiento administrativo, y no en ejercicio del derecho de petición a que se refiere el art. 29 de la Constitución. Por ello, con la concurrencia de los presupuestos necesarios para que se produjera el silencio positivo según el art. 43 LRJPAC, la resolución expresa posterior sólo podría ser confirmatoria de este.

i) Imposibilidad de obtener licencias de urbanismo por silencio contra legem

La **STSJ de Galicia de 20 de septiembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recurso de apelación núm. 4255/2012, recuerda la jurisprudencia consolidada sobre la imposibilidad de adquirir por silencio administrativo positivo licencias de urbanismo contrarias a la legislación o al planeamiento urbanístico. Dicha doctrina se basa en el art. 43.2 LRJPAC y en la interpretación de normas estatales básicas, de raigambre en nuestro Ordenamiento urbanístico, que rige en todo el territorio español y que los Ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir.

j) Inexistencia de silencio administrativo positivo en la retasación

La **STS de 21 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.ª), recurso de casación núm. 6683/2009, sobre retasación de terrenos expropiados, señala que la solicitud de la parte, de «actualización del justiprecio», no tiene encaje en la categoría de procedimientos administrativos iniciados a solicitud del interesado, a los efectos de reconocer efectos positivos a la falta de resolución expresa de la Administración. Así, como ha establecido la jurisprudencia de esta misma Sala, es equivocado pensar que toda petición del interesado dé lugar a un «procedimiento iniciado a solicitud del interesado»: el art. 43 LRJPAC se refiere a procedimientos y no a solicitudes; y en este contexto, la solicitud de retasación no inicia un procedimiento nuevo y autónomo, sino que tal petición se inserta en el procedimiento iniciado antes de oficio por la Administración, en el que se determinó el justiprecio que ahora se pretende actualizar.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación

a) Motivación suficiente

La **STS de 29 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.ª), recurso de casación núm. 6440/2010, aplicando su doctrina sentada respecto al principio de igualdad y la motivación del acto administrativo, concluye que, en el caso enjuiciado, la resolución impugnada no es fruto del mero voluntarismo administrativo y no aprecia, en relación con el principio de igualdad, que exista un auténtico término comparativo válido, sin que sea suficiente la mera indicación de la concesión de gasolinera en las proximidades sin tener en cuenta las circunstancias específicas de su concesión. A ello debe añadirse que los valores medioambientales en los terrenos y las razones indicadas en el acto denegatorio impugnado no han sido eficazmente contrarrestadas y justifican la resolución administrativa.

También concluye que existe motivación suficiente la **STS de 6 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.ª), recurso de casación núm. 5829/2011, relativa a la impugnación de la delimitación del entorno de protección de cueva por la inclusión de la propiedad del recurrente en la zona de protección (bien de interés cultural). El Tribunal considera que no hay tal falta de motivación, puesto que consta en el expediente un extenso informe-propuesta sobre el área que debe ser delimitada.

De igual modo, el Tribunal Supremo, en las **SSTS de 25 y de 26 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recursos de casación núm. 2116/2009 y núm. 4940/2009, respectivamente, concluye que en el caso enjuiciado existe motivación suficiente, al explicitarse las circunstancias tenidas en cuenta para la determinación del importe de un canon de vertido de aguas residuales.

5. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Notificación

a) Acto notificado en anterior domicilio: diligencia mínima de la Administración

La **STS de 9 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.ª), recurso de casación núm. 5048/2011, reitera la doctrina conforme a la cual pesa sobre la Administración la carga de llevar a cabo la mínima actividad de investigación para comprobar el actual domicilio del destinatario de la notificación. En el caso, si la Administración autonómica hubiera empleado esa mínima diligencia podría perfectamente ser conocedora de la innecesaridad, por inefectiva, de la notificación practicada en un local de farmacia del que había autorizado a trasladarse a la titular unos meses atrás. La Consellería pudo obtener fácilmente los datos referentes al domicilio de la interesada, y no lo hizo, dando por válida una notificación practicada en un local que ya no era el suyo. Por lo tanto, tal notificación no pudo desplegar sus efectos, por lo que no puede apreciarse la extemporaneidad del recurso.

b) Notificación de resolución sancionadora vía fax

La **STSJ de Extremadura de 4 de diciembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.ª), sentencia núm. 2013/2012, concluye que no es válida la notificación vía fax de la resolución sancionadora el último día del plazo de caducidad del procedimiento sancionador. En este caso, no consta en el expediente la solicitud del interesado para la utilización de este medio electrónico de comunicación, como tampoco su consentimiento expreso. Además, todas las demás resoluciones se realizaron por correo ordinario, por lo que no está justificada la utilización del fax.

c) Notificación edictal y protección de datos de carácter personal

La **STS de 13 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.ª), recurso de casación núm. 3045/2010, contiene un pronunciamiento sobre el alcance

de la notificación edictal y su relación con la protección de datos de carácter personal. Los hechos de los que conocen son relativos a una sanción impuesta a un funcionario público, al que se le impone una separación del servicio, una vez que se hace firme una sentencia penal que le declara autor responsable de un delito de abusos sexuales con prevalimiento. Como quiera que resultaron ineficaces los reiterados intentos de notificación personal de la resolución sancionadora, se ordena en el procedimiento, conforme a lo establecido en el art. 59.5 LRJPAC, que se proceda a su notificación mediante edicto publicado en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Melilla, en el que se incorpora literalmente el fallo de la sentencia penal, con expresa referencia al delito por el que es condenado. El afectado denuncia los hechos a la Agencia Española de Protección de Datos, que dicta resolución por la que se declara que la Consejería de Seguridad Ciudadana había infringido el deber de secreto que impone el art. 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. La Administración alega que el art. 60.2 establece que la notificación deberá contener el texto íntegro de la resolución, por lo que su actuación se ajustó a Derecho. Frente a estos argumentos, el Tribunal Supremo considera que el art. 61 LRJPAC dispone que si el órgano competente apreciare que la publicación de un acto lesiona derechos e intereses legítimos, se limitará a publicar en el diario oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer en el plazo que se establezca para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento. Se trata de una norma específica frente a aquella de carácter general contenida en el art. 60.2, en relación con el art. 58.2, ambos de la LRJPAC, y que, como tal precepto especial, debe prevalecer cuando se pueda lesionar con la publicación del acto derechos e intereses legítimos, como el derecho fundamental a la protección de datos, especialmente cuando la publicación de la resolución a notificar se lleva a cabo en un Boletín Oficial que se ha volcado en Internet y posibilita el acceso a dichos datos por multitud de personas. En definitiva, la finalidad pretendida con la notificación de la resolución podría haberse obtenido sin mencionar el concreto delito por el que fue condenado y la pena impuesta, o notificándose dicha resolución de forma extractada.

d) Improcedencia de notificación edictal

La **STS de 27 de septiembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso de casación núm. 1488/2011, afirma la improcedencia de utilizar la notificación edictal de un acto aprobatorio de deslinde de bienes de dominio público marítimo-terrestre. Considera el Tribunal que la Administración incumplió el deber de notificar dicho acto al dirigirse a una dirección incorrecta. La Administración, tras el intento fallido de la primera notificación, debió advertir, con una mínima diligencia, el error en que incurrió y cursar una nueva notificación a la dirección señalada para notificaciones por el interesado. Lo que no es procedente es acudir directamente a la vía edictal. En definitiva, no se cumplía en el caso el supuesto de hecho previsto en la norma para la notificación edictal (art. 59.5 LRJPAC), pues la recurrente no podía considerarse como interesada «desconocida» o que se ignorase el lugar de la notificación. Esto determina la invalidez de la notificación edictal practicada, con la consecuencia de que el acto se entiende notificado con la interposición del recurso procedente (reposición, en el caso) que, por ello, debe entenderse tempestivo (art. 58.3 LRJPAC).

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO

A) Recursos administrativos

a) Recurso extraordinario de revisión por error de hecho: supuestos y alcance

La **STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 7.ª), sentencia núm. 994/2012, recuerda la doctrina jurisprudencial relativa a los requisitos para que proceda el recurso extraordinario de revisión y su carácter excepcional. En el caso enjuiciado, concluye el Tribunal que, aunque se alega la existencia de un error de hecho, en realidad, únicamente se plantea, por la parte actora, una mera cuestión de discrepancia interpretativa de las normas jurídicas aplicables al supuesto de autos, pretendiendo dar preferencia su juicio hermenéutico frente al adoptado por la Administración. Esta cuestión, por su propia naturaleza, escapa del ámbito objetivo del recurso extraordinario de revisión de las resoluciones administrativas firmes y, por ello, es conforme a derecho la inadmisión decidida por la Administración, al no fundarse el recurso que se pretendía interponer en las causas previstas en el art. 118 LRJPAC.

Por su parte, la **STS de 9 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.ª), recurso de casación núm. 5048/2011, confirma la sentencia de instancia, que afirma la estimación del recurso extraordinario de revisión, por concurrir el motivo previsto en el art. 118.1 LRJPAC. En concreto, la Consellería incurrió en un error de hecho, al tomar en consideración el primero de los dos escritos (de contenido sustancialmente coincidente) presentados por la recurrente, lo que resultó determinante de la declaración de inadmisibilidad (por extemporáneo) del recurso administrativo interpuesto por la interesada.

En cuanto al alcance de la referida revisión, la dicción del art. 119 LRJPAC obliga a pronunciarse al órgano administrativo sobre la procedencia del recurso y, en su caso, sobre el fondo de la cuestión debatida. Pero dicha revisión no implica que, en todo caso, deba resolverse la cuestión planteada, sino que deberá valorarse en cada caso su oportunidad. En el presente supuesto, el acto administrativo concede autorización para la apertura de una oficina de farmacia y no puede entenderse que con el trámite de audiencia en ese recurso se haya dado cumplimiento a la misma exigencia dentro del procedimiento de adjudicación de farmacia. Por ello, se acuerda la retroacción de actuaciones y que se resuelva el recurso ordinario interpuesto por la interesada, pues será en ese trámite donde deberán, en su caso, plantearse las restantes cuestiones que puedan aducir los recurrentes en orden a si asiste o no a ésta el derecho a la nueva apertura solicitada.

b) Reclamación económico-administrativas y retroacción de actuaciones

La **STS de 25 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recurso de casación núm. 2116/2009, recuerda la doctrina del propio Tribunal relativa a la potestad revisora de los Tribunales Económico-administrativos y sus límites, que ha generado posiciones encontradas en la jurisprudencia. El art. 239.3 de la Ley General Tributaria reconoce que la retroacción de las actuaciones constituye un mecanismo previsto para aquellos supuestos en que el acto administrativo en cuestión adolece de un defecto de forma y éste comporta la invalidez en los términos del art. 63.2 LRJPAC, es decir, cuando

el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. De este modo, la retroacción se permite a la Administración para proseguir con sus actuaciones desde el momento en que se incurrió en el referido defecto con el fin de que la tramitación del procedimiento se ajuste a la establecida o de subsanar la indefensión padecida. La retroacción sólo se prevé para los supuestos de vicios formales que produzcan indefensión, en cuyo caso es improcedente cualquier pronunciamiento sobre el fondo. Lo que procede es simplemente anular la liquidación, ordenando la retroacción al momento en que se haya producido el defecto de que se trate. La cuestión clave reside en determinar cuándo nos encontramos ante un defecto de forma o de tramitación del procedimiento o ante un vicio que afecta directamente a la legalidad del acto administrativo.

En definitiva, pueden calificarse como formales un primer grupo (formal-procedimental) formado por los vicios en que se incurre en el proceso de formación de la voluntad administrativa y un segundo grupo (formal-documental) integrado por los defectos en que se incurre en la redacción del documento que incorpora el acto administrativo resultado de aquel procedimiento y que no estén directamente relacionados con la definición o cuantificación del tributo; siendo los defectos que afecten a este último los que deben ser considerados propiamente como defectos o vicios de naturaleza material. Lo característico de los defectos formales es la indefensión que pueden provocar al contribuyente (siendo éste el criterio precisamente para provocar su anulabilidad) mientras que en los materiales el defecto suele incidir en la incorrecta aplicación o interpretación de la norma que define y cuantifica el tributo.

Pues bien, la retroacción de actuaciones únicamente es procedente en los supuestos en que se produce una infracción procedimental, no en cambio cuando nos encontramos ante una infracción sustantiva (o *error iuris*), puesto que la retroacción no constituye un expediente apto para corregir los defectos sustantivos de la decisión, dando a la Administración la oportunidad de ajustarla al ordenamiento jurídico, sino que su función propia es la de depurar el procedimiento de sus vicios invalidantes o integrar sus omisiones mediante la práctica de las diligencias o actuaciones omitidas. Por otro lado, es claro que estas nuevas actuaciones no pueden desembocar en la reiteración del acto anulado, incurriendo en los mismos defectos de forma o de fondo, pues en tal caso decaería el derecho a liquidar.

A partir de todo lo anterior, concluye el Tribunal afirmando que, en el caso enjuiciado, no ha habido reiteración del acto o actos anulados. Los defectos de forma o de fondo en que ha incurrido la Administración no tienen virtualidad suficiente para hacerle decaer en su derecho a liquidar.

c) Interposición de recurso de alzada: requisitos

La **STS de 29 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recurso de casación núm. 121/2009, recuerda que en el escrito de interposición del recurso de alzada se han de contener las alegaciones en que se funde. En el caso enjuiciado, se presentó un primer escrito del Director General de Tributos con un simple anuncio previo de la interposición del recurso y solicitando la posterior puesta de manifiesto del expediente para

la formulación de alegaciones y de un segundo escrito donde finalmente se formalicen. Por todo ello, concluye el Tribunal confirmando la procedencia de la inadmisión de tal escrito de interposición del recurso.

d) Interposición de recursos y reclamaciones y prescripción de deuda tributaria

La **STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.ª), sentencia núm. 1123/2012, recuerda doctrina jurisprudencial que afirma la existencia de una indiscutible interdependencia de los procedimientos declarativos, revisorios y ejecutivos, en especial cuando estén vivos, pero ello no significa que las causas de interrupción en los primeros produzca indefectiblemente la interrupción de la prescripción en el procedimiento ejecutivo. Por tanto, el efecto interruptivo de la interposición del recurso depende no únicamente del acto recurrido, sino del contenido de la reclamación. La interposición de reclamaciones frente a actos recaudatorios como la providencia de apremio no interrumpe la prescripción de la acción para liquidar si se invocan exclusivamente motivos tasados de oposición a esta, pero sí la interrumpe si además se impugna la liquidación apremiada para la eventualidad de que prosperen tales motivos.

B) Revisión de oficio

a) Revocación de licencias de armas

La **STS de 27 de septiembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recurso de casación núm. 5287/2011, recuerda que, para la revocación de licencia de armas, existe un procedimiento específico (regulado en el Real Decreto 137/1993, por el que se aprueba el Reglamento de Armas), independiente y compatible con la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, sin que sea necesario incoar el procedimiento general de revocación de actos administrativos declarativos de derecho.

b) Revisión de oficio de acto antes de dictar uno nuevo que lo sustituya

La **STS de 25 de septiembre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recurso de casación núm. 5004/2009, recuerda que, dictada una liquidación tributaria por órgano incompetente, para proceder a dictar una nueva liquidación es necesario proceder en primer lugar a la revisión de oficio de la primera liquidación, por respeto al principio de firmeza de los actos administrativos.

c) Inexistencia de rectificación de error material: procede la revisión de oficio

La **STSJ de Galicia de 24 de octubre de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.ª), sentencia núm. 1171/2012, analiza el cese de un médico de familia a través de una rectificación de error de hecho o aritmético. La Administración sanitaria procedió a dejar sin efecto un nombramiento del recurrente como interino porque previamente había admitido erróneamente su incorporación a las listas de admitidos. Considera el Tribunal que no se trata de una simple corrección de un error, sino de una revisión de un

acto administrativo previo del que se derivan derechos subjetivos para el administrado, al dejar sin efecto de plano el nombramiento para la cobertura de una vacante, por lo que no cabe obviar el trámite de la revisión de oficio del art. 102 LRJPAC para los actos nulos de pleno derecho, dado que el recurrente pudiera carecer del requisito para su nombramiento.

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN
LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO

CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Sumario

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS.
   A) Interpretación del criterio comisión de «falta grave en materia profesional», como criterio de exclusión para la contratación con la Administración [art. 45.2.d) de la Directiva 2004/18].
   B) Doctrina jurisprudencial sobre las operaciones «in house providing».
3. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS.
   A) Motivación *in aliunde* en la adjudicación.
   B) Falta de motivación en la adjudicación de un contrato administrativo.
   C) Adjudicación nula de pleno derecho a una oferta que no era la más ventajosa por no incluir en el precio ofertado el IVA.
4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.
   A) Uniones temporales de empresas y significado de la responsabilidad solidaria.
5. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS.
   A) Resolución del contrato por causa de declaración de concurso del contratista: el contratista tiene derecho a percibir el importe periódico en proporción al tiempo de trabajo realmente ejecutado.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de noviembre de 2012 y febrero de 2013, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, como por los que respecta a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Interpretación del criterio comisión de «falta grave en materia profesional», como criterio de exclusión para la contratación con la Administración [art. 45.2. d) de la Directiva 2004/18]

La **STJUE de 13 de diciembre de 2012**, Asunto C-465/11(apartados 11, 26 a 30, 38 y 39), tiene por objeto una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2004/18, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en orden a la determinación de «criterios de selección cualitativa», y concretamente, en lo referido al criterio de exclusión para la contratación con la Administración de comisión de «falta grave en materia profesional». El TJUE establece que este criterio pueden precisarse y especificarse en el Derecho nacional, respetando siempre el Derecho de la Unión. Y, por supuesto, aclara el TJUE:

> «(…) el concepto de "falta en materia profesional" abarca cualquier comportamiento que incurra en culpa y que afecte a la credibilidad profesional del operador económico en cuestión, y no sólo, en sentido estricto, las infracciones de las normas deontológicas de la profesión a que pertenece el operador económico que sean declaradas por el órgano disciplinario previsto en el ámbito de dicha profesión o por una resolución judicial con autoridad de cosa juzgada. En efecto, el artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra d), de la Directiva 2004/18 permite a las entidades adjudicadoras comprobar, por cualquier medio que puedan justificar, la comisión de una falta en materia profesional. Por otra parte, a diferencia de la letra c) de dicho párrafo primero, para la comprobación de la comisión de una falta profesional, en el sentido de la letra d) del mismo, no se exige una resolución judicial con autoridad de cosa juzgada. Por consiguiente, puede considerarse, en principio, que el incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte de un operador económico es una falta cometida en materia profesional. No obstante, normalmente el concepto de "falta grave" debe entenderse referido a un comportamiento que revele dolo o una negligencia de cierta gravedad por parte del operador económico en cuestión. Por tanto, todo cumplimiento incorrecto, impreciso o defectuoso de un contrato o de parte del mismo podrá acreditar, a lo sumo, que la competencia profesional del operador económico en cuestión es limitada, pero no equivale automáticamente a la comisión de una falta grave».

Para concluir con su argumento, el Tribunal de Justicia, recuerda que su jurisprudencia ha declarado de manera reiterada que el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18 enumera con carácter exhaustivo las causas que pueden justificar la exclusión de un operador económico de la participación en una licitación por razones que se basen en elementos objetivos que dependan de sus cualidades profesionales y, por consiguiente, se opone a que los Estados miembros complementen la lista en él recogida con otras causas de exclusión que se basen en criterios relativos a la aptitud profesional (véanse las sentencias de 9 de febrero de 2006, La Cascina y otros, C-226/04 y C-228/04, Rec. p. I-1347, apartado 22; Michaniki, apartado 43, y de 15 de julio de 2010, Bâtiments et Ponts Construction y WISAG Produktionsservice, C-74/09, Rec. p. I-7271, apartado 43). Únicamente cabe, en su caso, contemplar la admisibilidad de una causa de exclusión a la luz de los principios u otras normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos cuando esta no esté vinculada a las cualidades profesionales del operador económico y, por tanto, no per-

tenezca al ámbito de la mencionada enumeración exhaustiva (véanse, a este respecto, las sentencias Fabricom, apartados 25 a 36; Michaniki, apartados 44 a 69, y de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07, Rec. p. I-4219, apartados 21 a 33).

B) Doctrina jurisprudencial sobre las operaciones «in house providing»

La **STS de 25 de enero de 2013**, recurso de casación núm. 3351/2010, realiza un valioso resumen de la jurisprudencia del TJUE referida los casos de aperaciones «in house providing» (FD 3.º), aplicada en este supuesto a una sociedad dependiente de la Administración, a la que se le asigna la condición de beneficiaria de una expropiación, con un derecho exclusivo de gestión urbanística, sin que haya mediado concurrencia.

Esta sentencia reitera que para decidir si se está en presencia de un contrato doméstico o «in house», o, dicho de otro modo, para determinar si la empresa que ha de realizar la actividad o prestación merece la condición de medio propio de la Administración y, por tanto, puede acordarse la adjudicación directamente a esa empresa dependiente sin acudir a los procedimientos competitivos y sin vulnerar el sistema de libre concurrencia, la jurisprudencia comunitaria ha venido exigiendo la concurrencia de dos condiciones, que se conocen como «criterios Teckal».

Esas condiciones son:

1.º) Que la Administración pública ejerza sobre el ente de que se trate un control análogo al que ejerce sobre los propios servicios; y

2.º) Que la entidad realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

Solo si se dan conjuntamente tales condiciones el ente de que se trate podrá ser considerado entidad «in house» con respecto al organismo adjudicador a efectos de que se le puedan confiar tareas sin pasar por un procedimiento de adjudicación en competencia. Y precisamente por la exigencia de las dos condiciones a que acabamos de referirnos la jurisprudencia no ha considerado sociedades «in house» a entidades privadas con participación de capital del poder adjudicador, al entender que la Administración no ejercía sobre la sociedad participada un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (Asunto Roane).

La sentencia aplica la doctrina jurisprudencial expuesta al caso que le ocupa, señalando lo que sigue:

> «(…) la entidad Suelo y Vivienda de Aragón SLU es una sociedad pública cuyo capital corresponde en su integridad a la Comunidad Autónoma de Aragón, a través de la Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. y creada por Decreto 295/2001, del Gobierno de Aragón, para desarrollar políticas públicas, entre ellas la adquisición y venta de suelo industrial y la promoción y gestión de urbanizaciones en polígonos industriales, realizando obras de infraestructuras y dotación de servicios en los mismos; su Consejo de Administración está integrado por todos los Directores Generales y cargos asimilados del Departamento competente en materia de vivienda, y un representante del Departamento que tenga atribuida las funciones en materia de Economía y es el presidente el Consejero del Departamento competente sobre la vivienda; se rige por sus Estatutos sociales, por el

texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y por la normativa de general aplicación a las empresas de la Comunidad Autónoma.

Con ello queda acreditado el cumplimiento del primer criterio Teckal. No cabe albergar duda alguna sobre el alcance del control que ejerce la Administración pública autonómica sobre Suelo y Vivienda de Aragón SLU, cuando menos análogo al que ejerce sobre los propios servicios, no solo por ser íntegramente público el capital, lo que constituye un indicio sobre el control que se ejerce sobre el ente, sino, sobre todo, por la composición de su órgano de gestión, que es presidido por el Consejero del sector y está integrado por los cargos directivos de las Consejerías, de manera que es patente, no que influya en sus decisiones sino que las conforma directamente.

También se constata fácilmente el cumplimiento del segundo criterio, esto es, que la entidad encomendada realiza "la parte esencial de su actividad" con el ente que ejerce su control, esto es, que las prestaciones van destinadas, en lo esencial, al ente que ejerce el control (ver STJCE Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 60 a 62). Y es que, sin necesidad de examinar los datos económicos de las operaciones, según resulta de su norma de creación el ámbito objetivo de actuación de la entidad Suelo y Vivienda de Aragón SLU consiste en ejecutar políticas y actuaciones públicas, entre ellas, el desarrollo de actuaciones de promoción pública de suelo industrial, y es por ello por lo que le fue encomendada la ejecución del desarrollo de la Plataforma Logístico-Industrial y Centro de Transportes de Fraga (Huesca).

Por lo demás, es claro que no se está en presencia de una relación contractual entre la Consejería y la entidad Suelo y Vivienda de Aragón SLU, sino que se trata de una encomienda de gestión o un encargo de ejecución de la Administración autonómica a uno de sus medios instrumentales: una empresa dependiente y subordinada, creada precisamente para atender determinados tipos de desarrollos de suelo, y que tiene condición de medio propio instrumental de la Administración».

3. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Motivación *in aliunde* en la adjudicación

La **STS de 21 diciembre 2012**, recurso número 336/2008, FFDD 10.º a 12.º, se plantea el supuesto en el que la Administración a la hora de proceder a la adjudicación, atendiendo a la complejidad que conllevan los proyectos ofertados y ante la falta de recursos previos, opta por acudir a una empresa consultora de reconocida experiencia, seleccionada tras la tramitación del oportuno expediente de contratación administrativa, para que elabore un informe técnico en el que basar la decisión de adjudicación, con base en lo dispuesto en el art. 81.2 del TRLCAP, y finalmente, la decisión de la Mesa de Contratación basa su decisión en el informe técnico elaborado por dicha empresa consultora.

El Tribunal Supremo entiende que la resolución de adjudicación se ajusta plenamente a las previsiones normativas relativas a la motivación establecidas en el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 88.2 del Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que «la adjudicación de las concesiones se efectuó de acuerdo con la propuesta de la Mesa de Contratación que incorpora el informe técnico de valoración de las ofertas, elaborado conforme a los criterios objetivos señalados en el pliego, al que además

han tenido acceso los licitadores que solicitaron vista del expediente. La motivación del acto administrativo descansa en el informe técnico elaborado en el seno del procedimiento administrativo de contratación por la empresa (…), y que de las actas de la mesa, se observa que se realiza una valoración por parte de la misma del informe de (…), pidiéndose una serie de aclaraciones sobre diferentes aspectos, evidenciando que la mesa de contratación no hizo dejación de funciones como le atribuye la sentencia recurrida, sino que realizó su cometido». Refiere la STS, a continuación, que conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, sentencias de 25 de abril de 1994 (RTC 1994, 122) y 25 de marzo de 1996 (RTC 1996, 46), y del Tribunal Supremo, sentencias de 25 de enero de 2000 (RJ 2000, 2316), 4 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10625), 21 de enero de 2003 (RJ 2003, 893), 4 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1147) y 7 de julio de 2003 (RJ 2003. 5925), la motivación de una resolución puede hacerse, bien directamente, bien por referencia a informes o dictámenes obrantes en las actuaciones.

B) Falta de motivación en la adjudicación de un contrato administrativo

La **STS de 17 diciembre 2012**, recurso contencioso-administrativo núm. 148/2006, anula el acto de adjudicación de un contrato administrativo por falta de motivación (FD 4.º), porque «La Comisión Técnica ni desglosa su puntuación entre esos diversos parámetros, ni expone otros criterios utilizados de valoración, de forma que no es posible bajo ningún concepto conocer cómo se llega a la puntuación final obtenida por cada licitador respecto a ese elemento. Y lo mismo ocurre respecto a la valoración del rigor del estudio económico financiero y adecuación de la capacidad financiera a la inversión prevista, donde la Base 9.ª establece que se valorará con preferencia el ajuste del estudio económico financiero a las inversiones y actuaciones previstas en el proyecto y en la oferta global, así como la adecuación de las necesidades financieras a la solvencia acreditada y la corrección y justificación de las estimaciones adoptadas. Todo ello exige una motivación que no se circunscribe a la mera puntuación, sino que es preciso exponer los razonamientos o explicaciones que conducen al resultado obtenido, y es la razonabilidad de esas explicaciones lo que permite concluir si se han respetado o no los parámetros establecidos en las Bases del concurso (…) Con el proceder que se deduce del expediente es imposible conocer cuál ha sido el razonamiento administrativo que ha producido el resultado obtenido y cuál ha sido la valoración administrativa respecto a cada criterio fijado en las Bases».

C) Adjudicación nula de pleno derecho a una oferta que no era la más ventajosa por no incluir en el precio ofertado el IVA

La **STSJ de Murcia, núm. 1026/2012 de 30 noviembre**, recurso de apelación núm. 248/12, FD 3.º, parte de lo establecido en el «Pliego de condiciones técnicas y económicas», en el que establecía que «las proposiciones económicas se ajustarán al modelo oficial que figura en el ANEXO I, oferta con IVA incluido», por lo que considera que todos los licitadores tenían que sujetarse a ellas, y sin quitar el IVA, a la totalidad de las partidas de costes que integran el principal total ofertado, en las ofertas de todos los licitadores para evitar discriminación, y conforme a esas ofertas elegir la mejor oferta económica, conforme a la valoración técnica». En consecuencia, la STSJ de Murcia anula la adjudicación del contrato a una empresa que no había repercutido el IVA al precio ofertado.

4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Uniones temporales de empresas y significado de la responsabilidad solidaria

La **STS de 21 diciembre 2012**, recurso contencioso-administrativo núm. 655/2006, señala que la responsabilidad solidaria se dispone, con carácter general, frente a terceros, para las Uniones Temporales Empresas «por los actos y operaciones en beneficio del común».

Precisa el Tribunal Supremo que en las uniones temporales de empresas hay que diferenciar dos planos. Un plano externo, constituido por sus relaciones con la Administración contratante, que consiste en considerar a la totalidad de los componentes de la unión temporal como si fueran un solo contratista; y en imponer, para que esto pueda ser efectivo, por un lado, una representación única y común, y, por otro, un mecanismo de responsabilidad solidaria que, a los efectos de su exigencia por la Administración, permita reclamarla de manera indiferenciada e indistinta a todos los componentes de dicha unión temporal.

Por su parte, el plano interno, es el que se deriva de la personalidad jurídica diferenciada que continúan conservando los componentes de la unión temporal, pero que es irrelevante para el contrato administrativo, y para lo que servirá será para que cada uno de esos componentes pueda accionar contra el otro o contra el administrador común, si consideran que, mientras funcionó la unión temporal, incurrieron en un proceder incorrecto.

Y la consecuencia que de todo ello se deriva es que la responsabilidad solidaria de la unión temporal no desaparecerá cuando hayan existido diferencias entre sus componentes o cuando el representante o apoderado único no haya procedido correctamente, porque, encarnando uno y otro supuesto unas circunstancias puramente internas, éstas son ajenas al vínculo jurídico existente entre la unión temporal y la Administración y, por ello, habrán de dilucidarse entre sus componentes en los términos que han sido apuntados.

5. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Resolución del contrato por causa de declaración de concurso del contratista: el contratista tiene derecho a percibir el importe periódico en proporción al tiempo de trabajo realmente ejecutado

La **STSJ de Asturias, núm. 1219/2012, de 3 diciembre,** recurso contencioso-administrativo núm. 266/2010, FD 3.º, señala que, en aplicación de art. 215.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, «La resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiera realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidas por la Administración».

JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO
BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Sumario

1. NOTA PREVIA.
2. ADMINISTRACIÓN LOCAL.

A) Autonomía local.

a) No es contraria a la autonomía local la exigencia de que los Plenos de un Ayuntamiento se celebren sólo en su sede.

b) La clasificación de terrenos como suelo no urbanizable por un Plan Director Urbanístico del Sistema Costero no vulnera la autonomía local al venir determinada por un interés supramunicipal.

B) Competencias Municipales. Consulta popular sobre construcción de un puerto deportivo. Debe autorizarse por el Consejo de Ministros al tratarse de competencias municipales, concurrentes con las de otras Administraciones, afectadas por la ordenación del espacio físico del municipio.

C) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. Derecho a la igualdad en el ejercicio de los cargos públicos: nulidad del precepto legal autonómico que excluye absolutamente la participación de los concejales no adscritos en las comisiones informativas municipales; interpretación conforme del precepto legal que atribuye menos derechos a los concejales no adscritos que a aquellos otros incorporados a un grupo municipal.

D) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Por la Comunidad Autónoma. Cómputo del plazo de interposición del recurso. Análisis jurisprudencial sobre la naturaleza de la retribución derivada de la prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable por empresas concesionarias.

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS.

A) Colegios profesionales.

a) La audiencia a los Colegios Profesionales en la elaboración de disposiciones generales sólo procede cuando afecten a las profesiones tituladas que les conciernen.

b) Acuerdos de la Asamblea General Ordinaria del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería. Distinción entre acuerdos de naturaleza privada y adoptados en ejercicio de funciones públicas. Competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

B) Profesiones tituladas. Regulación de las vías de acceso a los estudios de Máster que habilita para el ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial: falta de exigencia de título universitario oficial español u otro expedido que acredite oficialmente la adquisición de las competencias y formación necesarias. Nulidad.

4. UNIVERSIDADES PÚBLICAS.

Anulación de acto de proclamación de candidato a rector. Vulneración del derecho a acceder a las funciones públicas (art. 23.2 CE). Resolución judicial que procede a una interpretación extensiva de la causa de inelegibilidad establecida en los Estatutos de la Universidad.

---

1. NOTA PREVIA

En el número anterior de esta revista ya comentamos la STS de 26 de junio de 2012 (recurso 4271/2001), que estimaba el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado y anulaba las bases aprobadas por el Ayuntamiento de Durango por las que se regulaban las ayudas individuales de transporte a familiares de personas en régimen penitenciario. Por **STS de 4 de diciembre de 2012** (recurso 4369/2011), el Tribunal Supremo adopta la misma solución en relación con las mismas ayudas convocadas por el Ayuntamiento de Eskoriatza.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía local

a) No es contraria a la autonomía local la exigencia de que los Plenos de un Ayuntamiento se celebren sólo en su sede

El Pleno del Ayuntamiento de Sagunto acordó en sesión de 23 de enero de 2009 la aprobación del Reglamento Orgánico Municipal. Sus artículos 79, 82.2 y 82.4 fueron impugnados en vía contencioso-administrativa al contemplar la posibilidad de celebración de los plenos en dos sedes: la del Salón de Plenos del Ayuntamiento y la del Salón de Actos del Centro Cívico Municipal. El TSJ de la Comunidad Valenciana estimó dicho recurso por sentencia de 9 de noviembre de 2011, la cual fue recurrida en casación por el Ayuntamiento de Sagunto.

El Ayuntamiento alegaba la infracción del principio de autonomía local, el carácter supletorio del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las entidades locales —ROF— respecto de los Reglamentos Orgánicos aprobados por las corporaciones locales, la infracción de lo dispuesto en el artículo 49 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local porque dicho precepto no indica que deba existir una única sede en la que celebrar los plenos, e interpretación errónea del artículo 85.1 del ROF porque del tenor literal de dicho artículo se deriva que las sesiones plenarias puedan celebrarse en más de una sede.

Por **STS de 2 de enero de 2013** (recurso 1530/2012) se desestima el recurso de casación interpuesto. El Tribunal comienza refiriéndose brevemente a la garantía institucional de la autonomía local y analiza conjuntamente todos los motivos del recurrente, por entender que todos derivan de la interpretación, extensión y alcance de la autonomía local

reconocida constitucionalmente al municipio. Por ello, la Sala centra el debate en si la autonomía local puede limitarse en su vertiente de potestad de autoorganización interna por la aplicación de la normativa estatal determinada por el artículo 49 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, que tiene carácter básico.

Para el Tribunal Supremo, los términos del citado precepto son claros e imperativos, sin que quepa admitir otras posibilidades, como mantiene el Ayuntamiento de Sagunto. Quizás aquí la argumentación que realiza la Sala, aunque inequívoca, es un tanto sucinta. Entiende que «la Casa Consistorial tiene su localización y allí es donde está previsto legalmente la celebración del Pleno Municipal como acto fundamental de su actividad, enmarcado en toda la preparación establecida legalmente, que aquí no se cuestiona, ni tampoco si existen otros lugares o no que estén preparados para su celebración. El precepto únicamente permite la celebración del Pleno municipal en otro lugar que no sea la Casa Consistorial que constituya la sede de la corporación "en los casos de fuerza mayor…" que no pueden interpretarse extensivamente a los efectos de constituir una nueva sede para la celebración de los Plenos». Esta interpretación no rompe con la doctrina fijada de respeto de un ámbito de la autonomía local en el que la Corporación pueda gestionar sus intereses mediante la regulación y ejercicio de las competencias. Por ello, «la interpretación sostenida en la sentencia no vulnera, ni el artículo 49 TRRL, ni el artículo 85 ROF que lo reitera con una mayor precisión pero sin sobrepasarlo, ni el principio de autonomía local tal y como lo hemos configurado —vertiente de autoorganización de sus estructuras y funcionamiento interno para la gestión de los intereses y asuntos públicos que tiene reconocidos—. Puesto que no hay contraposición alguna con la gestión eficaz, transparente y cercana del Municipio para los ciudadanos».

b) La clasificación de terrenos como suelo no urbanizable por un Plan Director Urbanístico del Sistema Costero no vulnera la autonomía local al venir determinada por un interés supramunicipal

Por Resolución del consejero de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña de 16 de diciembre de 2005 se aprobó el Plan Director Urbanístico del Sistema Costero en esta Comunidad. Al clasificar como suelo no urbanizable costero terrenos que antes tenían la clasificación de suelo urbanizable delimitado y que se encontraban ocupados por un camping, el representante de la propiedad impugnó, tras la desestimación del recurso de reposición, ante el TSJ de Cataluña la citada ordenación territorial, siendo el recurso desestimado por STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2009.

Recurrida en casación la citada sentencia el **Tribunal Supremo** desestima el recurso en **sentencia de 20 de diciembre de 2012** (recurso 3424/2009).

El argumento principal del recurrente era la infracción de los artículos 137 y 140 de la Constitución, por entender que el Plan Director del Sistema Costero modificaba la clasificación urbanística de los terrenos afectados, invadiendo un ámbito competencial reservado al planificador urbanístico municipal. También invocaba la falta de racionalidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

Antes de pronunciarse sobre ambos motivos, el Tribunal Supremo deja claro que la competencia sobre la interpretación y aplicación de la normativa urbanística autonómica

corresponde al Tribunal Superior de Justicia y, por tanto, la interpretación realizada por la sentencia de instancia no puede ser recurrida en casación, pues como ha manifestado el Tribunal Supremo, entre otras en la STS de 17 de julio de 2009 (recurso 2722/2005), no se puede fundar un recurso de casación en la infracción de Derecho Autonómico. De la sentencia de instancia se desprende con claridad que los Planes Directores sí pueden clasificar suelo.

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo realiza varias consideraciones sobre la incidencia de la autonomía local en el ámbito urbanístico y, más concretamente, en el de la clasificación y calificación de los terrenos. Para ello reproduce parte de la sentencia de 6 de julio de 2012 (recurso 2388/2009), que, junto a otras de 26 de abril, 21 de junio y 2 de noviembre de 2012, abordan conflictos derivados del Plan Territorial Especial de Ordenación del Litoral Asturiano. Esta sentencia resume la doctrina del Tribunal Constitucional manifestada en la sentencia 149/1991. También, la Sala Tercera añade extractos de la STC 240/2006 en relación con la aplicación del principio de autonomía local al ámbito urbanístico, citando a su vez las SSTC 159/2001 y 51/2004 y manifestando: «aun cuando las exigencias de la autonomía local se proyectan intensamente sobre las decisiones en materia de planeamiento urbanístico, tarea que corresponde fundamentalmente al municipio, las leyes reguladoras de la materia pueden prever la intervención de otras Administraciones en la medida en que concurran intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que se atribuyan, de conformidad con el bloque de constitucionalidad, a las Administraciones supraordenadas».

En el presente caso, nos encontramos ante un instrumento de planeamiento general de naturaleza y alcance supramunicipal cuya elaboración y aprobación corresponde a la Comunidad Autónoma y en cuya tramitación han sido consultados los municipios comprendidos en su ámbito territorial. Por razones que han quedado justificadas y que se basan principalmente en la protección de los valores paisajísticos y ambientales, se preserva el ámbito afectado de su desarrollo, estableciendo criterios de protección especial y aplicando criterios de integración con el medio de las construcciones e instalaciones existentes, manteniendo la actividad de camping de forma consecuente con las características ambientales de la zona. Por ello, también el Tribunal Supremo entiende debidamente justificada la conclusión de que la categorización asignada por el Plan Director a los terrenos de la recurrente viene determinada por un interés supramunicipal. También considera que la medida se ha adoptado de acuerdo a los principios de racionalidad y proporcionalidad.

En términos similares se expresa el **Tribunal Supremo** en otra **sentencia** del mismo **20 de diciembre de 2012** (recurso 2433/2009), sobre un asunto similar.

B) Competencias Municipales. Consulta popular sobre construcción de un puerto deportivo. Debe autorizarse por el Consejo de Ministros al tratarse de competencias municipales, concurrentes con las de otras Administraciones, afectadas por la ordenación del espacio físico del municipio

El Ayuntamiento de Castro-Urdiales (Cantabria) interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de septiembre de 2010, por el que se le deniega la autorización para celebrar una consulta popular sobre construcción de

un Puerto Deportivo. El Acuerdo recurrido fundamenta su negativa en que no concurren los requisitos de fondo exigidos por el artículo 71 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local —LBRL—, pues «no se trata de una competencia propia municipal, de acuerdo con lo previsto en los artículos 149.1.20.ª y 148.1.6.ª de la Constitución, 24.8 de la Ley Orgánica por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Cantabria y 2.4 de la Ley de Puertos de Cantabria.

El régimen jurídico de las consultas populares de ámbito municipal se establece en el artículo 71 de la LBRL, en virtud del cual «los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda Local».

Recordemos que, como ha dicho al STC 103/2008, de 11 de septiembre, las consultas populares de ámbito local constituyen un cauce del ejercicio del derecho de participación política y tienen un régimen diferenciado de las modalidades de referéndum a que alude el artículo 92 de la Constitución, el cual es un mecanismo de participación directa de los ciudadanos en asuntos de manifiesta naturaleza política.

El recurso es estimado por **STS de 15 de noviembre de 2012** (recurso 546/2010), por darse en el presente caso los presupuestos exigidos por el citado artículo 71. Para el Tribunal Supremo, la decisión del Consejo de Ministros de autorizar o denegar la convocatoria de una consulta popular municipal se configura como un acto de control de que la solicitud se ajuste a los requisitos legalmente exigidos. Debemos por tanto estar ante asuntos relativos a la acción del gobierno local que versen sobre materias de competencia propia municipal que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos.

De acuerdo con lo ya manifestado por la STS de 17 de febrero de 2000, dichos requisitos son concurrentes y «revelan un designio del legislador ciertamente restrictivo respecto de esta fórmula de participación popular en el procedimiento de adopción de decisiones municipales». Por tanto, la consulta popular no se permite para cualquier asunto, ni siquiera para aquellos que tengan un interés relevante para los vecinos. Es preciso que se trate de asuntos «de carácter local» y que respecto de ellos el municipio ostente «competencias propias». El requisito de que la consulta se refiera a «asuntos de la competencia propia municipal» alude a aquellas competencias específicas enunciadas en el artículo 25 LBRL, que el municipio ha de ejercer, en todo caso, «en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, con plena capacidad de decisión, es decir, bajo su responsabilidad, de forma libre y autónoma, no condicionadas a controles de oportunidad». Como ya dijo la STS de 23 de septiembre de 2008 (recurso 474/2006), «*el concepto de competencias propias municipales*, en cuyo ejercicio, los municipios, para preservar la garantía constitucional del principio de autonomía local, tienen la capacidad efectiva de ordenación y gestión y de promover las iniciativas que se consideren pertinentes dentro del marco legal, *se corresponde con las atribuciones o el núcleo de competencias básicas encomendadas por la Ley a dichas Entidades locales, lo que no impide que, por la naturaleza de la materia o por su extensión, su titularidad o ejercicio sea concurrente con las competencias de planificación atribuidas a autoridades regionales o autonómicas, puesto que no necesariamente las competencias locales deben ser plenas o completas*, de modo

que quedan excluidos del objeto de las consultas populares municipales aquellos asuntos que, aún teniendo un carácter local y tratar de una materia que sea de especial relevancia para los intereses de los vecinos, afecten a competencias exclusivas del Estado o de las Comunidades Autónomas o a aquellas competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas atribuidas por delegación a los Entes locales».

Para el Tribunal Supremo, el recurso debe ser estimado y considerarse que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de septiembre de 2010 es nulo, ya que se sustenta en una interpretación excesivamente restrictiva del artículo 71 LBRL, desvinculada de lo dispuesto en los artículos 23, 137 y 140 de la Constitución, «en cuanto que estimamos que identifica indebidamente el concepto de "asuntos de la competencia municipal", a que alude dicha disposición legal, con "asuntos de la competencia exclusiva del municipio", excluyendo aquellos asuntos en que por atribución de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local o de la legislación sectorial del Estado o de las Comunidades Autónomas, los municipios ejercen competencias relacionadas con la ordenación del espacio físico de su territorio de forma concurrente con otras Administraciones públicas». Por ello, la Sala recuerda que la STC 40/1998, de 14 de febrero, relativa a la Ley 27/1992 de Puertos del Estado ha subrayado que «el constituyente ha previsto la coexistencia de títulos competenciales con incidencia en un mismo espacio físico», de ahí que «venga reiterando que la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siendo esta convergencia posible cuanto, incidiendo sobre el mismo espacio físico, dichas competencias tienen distinto objeto jurídico». También de la STC 193/1998, de 1 de octubre, se desprende, en relación con el artículo 148.1.6.ª de la Constitución, que la «indudable competencia autonómica» en esta materia no aboca a una desnaturalización de las competencias del Estado o de los municipios en relación con la titularidad demanial o las actividades y servicios náutico-deportivos que se desarrollen en el espacio portuario. En este sentido, la Ley 5/2004, de 16 de noviembre, de Puertos de Cantabria contempla específicamente los mecanismos de coordinación y cooperación entre la Comunidad Autónoma y los municipios afectados por la construcción de puertos e instalaciones portuarias de titularidad autonómica. Al comportar esta actuación la necesidad de revisar o modificar el planeamiento urbanístico del municipio concernido, la Ley contempla la participación del Ayuntamiento antes de la iniciación de las obras proyectadas, que deberá emitir un informe que, en caso de ser desfavorable, aboca la competencia al Gobierno de Cantabria, para la resolución definitiva. Para la emisión de este informe es para lo que el Ayuntamiento de Castro-Urdiales desea consultar a sus vecinos.

A la vista de lo anterior, el Tribunal Supremo considera que la convocatoria de la consulta propuesta, debido a la singularidad del emplazamiento elegido para ejecutar el puerto deportivo, el cual comporta remodelar la fachada marítimo-terrestre del municipio con importantes repercusiones sobre las competencias urbanísticas y de seguridad en lugares públicos a las que se refiere el art. 25 LBRL, resulta procedente con la finalidad de que el Ayuntamiento cuente con la opinión de los vecinos, que puede ser determinante en la emisión del informe exigido por el artículo 15.2 de la Ley de Puertos de Cantabria.

C) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. Derecho a la igualdad en el ejercicio de los cargos públicos: nulidad del precepto legal autonómico que excluye absolutamente la participación de los concejales no adscritos en las comisiones informativas municipales; interpretación conforme del precepto legal que atribuye menos derechos a los concejales no adscritos que a aquellos otros incorporados a un grupo municipal

El concejal portavoz del grupo político municipal Alternativa por Boadilla interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Boadilla del Monte de 24 de febrero de 2006 que acordó, como consecuencia del abandono del citado grupo municipal de una de sus concejalas y su pase a la condición de concejala no adscrita, reordenar la composición de las comisiones informativas municipales, integrando a la concejala no adscrita en cada una de dichas comisiones.

El recurrente interesó la nulidad del referido acuerdo plenario alegando que los concejales no adscritos no tienen derecho a participar en las comisiones informativas, por tratarse de un derecho reservado a los grupos políticos municipales, a quienes corresponde designar a los concejales que van a formar parte de dichas comisiones, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 20.1.c) y 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), el art. 125 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, y el art. 33.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid.

Posteriormente el citado mismo portavoz municipal interpuso también y por las mismas razones recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Boadilla del Monte, de 30 de enero de 2009, por el que se aprueba el texto definitivo del Reglamento Orgánico Municipal de dicho Ayuntamiento, interesando la nulidad de su art. 48.4 en cuanto permite que los concejales no adscritos puedan formar parte de las comisiones informativas.

Ambos recursos contenciosos siguieron su respectiva tramitación, aunque igual suerte desestimatoria en primera instancia. El recurrente interpuso recurso de apelación en ambos casos y la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid decidió, por Auto de 10 de febrero de 2010, en el primer caso, y por Auto de 7 de septiembre de 2010, en el segundo, plantear ante el Tribunal Constitucional sendas cuestiones de inconstitucional en relación con los artículos 32.4 y 33.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid, por su posible contradicción con los derechos a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y a la participación política de los cargos públicos representativos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). En síntesis, por considerar que los preceptos legales cuestionados afectan al núcleo esencial del derecho de los concejales no adscritos al ejercicio de cargos públicos representativos, en la medida en que tales preceptos permiten excluir a los concejales no adscritos de su participación en las comisiones informativas municipales.

El art. 32.4 cuestionado establece que «los Concejales que adquieran su condición con posterioridad a la sesión constitutiva de la Corporación deberán incorporarse al grupo político formado por la lista en la que hayan sido elegidos. En caso contrario, tendrán la

condición de Concejales no adscritos». Para añadir, en su segundo párrafo, que «el Concejal no adscrito tendrá los derechos que individualmente le correspondan como miembro de la Corporación pero no los derivados con carácter exclusivo de su pertenencia a un grupo político».

Por su parte, el siguiente art. 33.3 dispone que «Las comisiones estarán integradas exclusivamente por Concejales designados por los distintos grupos políticos de forma proporcional a su representatividad en el Pleno».

La **STC 246/2012, de 20 de diciembre**, resuelve ambas cuestiones de inconstitucionalidad, previamente acumuladas. Y lo hace declarando, en lo que ahora exclusivamente más importa, primero, que el art. 32.4 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid, que reconoce a los concejales no adscritos los derechos que individualmente les correspondan como miembros de la corporación, pero no aquellos derechos derivados con carácter exclusivo de la pertenencia a un grupo político, es conforme al art. 23.2 CE. Pero siempre que se interprete en el sentido de que «los derechos que le corresponden al concejal no adscrito son precisamente aquellos de los que es titular como miembro electo de la corporación municipal y que forman parte del núcleo esencial de la función representativa que constitucionalmente corresponde a los representantes políticos», conforme ha precisado la propia doctrina constitucional, de la que son buena muestra las SSTC 9/2012 y 30/2012, también anotadas en el número 56 de este Revista.

Entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación local, la sentencia recuerda que «se encuentran, en todo caso, la de participar en la actividad de control del gobierno local, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores» (FJ 7).

Por lo mismo, la sentencia precisa también que, «de los restantes derechos, tanto económicos como políticos, asociados de forma exclusiva a la pertenencia del concejal a un grupo político, pueden ser legítimamente excluidos por el legislador los concejales no adscritos, sin que ello suponga infracción del art. 23 CE, pues ninguno de los derechos antes relacionados, que forman parte del núcleo esencial de la función representativa que constitucionalmente corresponde a todos y cada uno de los concejales en cuanto miembros electos de la corporación, se ve necesariamente comprometido como consecuencia de la prohibición legal a los concejales no adscritos de constituirse en un nuevo grupo o de integrarse en otro grupo político (art. 73.3 LBRL y art. 32.2 y 4, primer párrafo, de la Ley madrileña 2/2003)» (FJ 7).

Interpretado en estos términos, el segundo párrafo del art. 32.4 de la Ley madrileña 2/2003 no puede reputarse contrario al art. 23.2 CE.

En segundo lugar, la sentencia declara inconstitucional y nulo el art. 33.3 de la citada Ley madrileña. Para llegar a esta conclusión el Tribunal recuerda que, aunque las comisiones informativas sean órganos sin atribuciones resolutorias, pues su función no es adoptar acuerdos, sino preparar el trabajo del Pleno, que será el órgano que, en su caso, adopte las decisiones correspondientes, «sólo un formalismo que prescinda absolutamente de la realidad puede ignorar la trascendencia que en este proceso tiene la fase de estudio y elabo-

ración de las propuestas». Por ello, en cuanto divisiones internas del Pleno municipal que son, las comisiones informativas «deben reproducir, en cuanto sea posible, la estructura política de éste, pues de otro modo, en efecto, no sólo se eliminaría toda participación de los concejales de la minoría en un estadio importante del proceso de decisión (…) sino que se hurtaría a la minoría incluso la posibilidad de participar con plena eficacia en el estudio final de la decisión, privándola del tiempo necesario para el estudio en detalle de los asuntos, o de la documentación que ello requiere, o de ambas cosas» (FJ 9).

En consecuencia, teniendo en cuenta la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en las comisiones informativas para el ejercicio de la función de control del gobierno municipal y para la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, funciones representativas que constitucionalmente corresponden a todos los concejales, la sentencia subraya que «el derecho a participar, con voz y voto, en las comisiones informativas municipales forma parte del núcleo inherente a la función representativa que *ex* art. 23.2 CE corresponde a los miembros de la corporación individualmente considerados, sin perjuicio de que en la composición y en las reglas de voto de dichas comisiones deba garantizarse la proporcionalidad con la representación que ostenten los diferentes grupos políticos y los miembros no adscritos» (FJ 9).

Por estas razones, la sentencia concluye que «lo establecido en el cuestionado art. 33.3 de la Ley 2/2003, a cuyo tenor las comisiones informativas municipales «estarán integradas exclusivamente por concejales designados por los distintos grupos políticos de forma proporcional a su representatividad en el Pleno», supone privar a los concejales no adscritos de un derecho —el de participar con voz y voto en las comisiones informativas municipales— que forma parte del núcleo esencial de las funciones representativas que son propias del cargo de concejal individualmente considerado, lo que determina la vulneración del derecho de participación política garantizado por el art. 23.2 CE» (FJ 10).

D) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Por la Comunidad Autónoma. Cómputo del plazo de interposición del recurso. Análisis jurisprudencial sobre la naturaleza de la retribución derivada de la prestación del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable por empresas concesionarias

La **STS de 3 de diciembre de 2012** (recurso 4354/2011) desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias frente a la STSJ de Canarias de 3 de marzo de 2011, estimatoria del recurso de casación interpuesto por dicha Comunidad frente al Acuerdo del Ayuntamiento de La Orotava de 28 de octubre de 2008, por el que se aprueba la modificación de la Ordenanza fiscal que regula la tasa de suministro de agua.

El Ayuntamiento considera que el recurso contencioso-administrativo que presentó la Comunidad Autónoma fue extemporáneo al considerar que el cómputo del plazo para su interposición debió contarse desde la publicación del Acuerdo en el Boletín Oficial de la Provincia y no desde la recepción por la Comunidad Autónoma de la contestación al requerimiento previo que dirigió al Ayuntamiento.

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que esta pretensión del Ayuntamiento no puede prosperar a tenor de la propia doctrina de la Sala Tercera recogida en las sentencias de 25 de febrero de 2011 (recurso de casación en interés de ley número 8/2010, que

fue objeto de comentario en el número 52 de esta revista), 9 y 14 de diciembre de 2009 (recursos 3826/2009 y 3851/2005), y 11 de marzo de 2002 (recurso 1732/1998), relativas al cómputo del plazo de dos meses previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 65 LBRL, que fija el *dies a quo* para los casos en los que se ha producido el requerimiento previo y en aquellos otros en los que no éste no haya tenido lugar, resultando la fecha determinante aquélla en que se haya recibido la comunicación exigida en la legislación de régimen local (además del citado núm. 52, pueden verse a este respecto los números 47, 48 y 50 de esta revista). Por ello, el Tribunal Supremo entiende que, en este caso, el recurso contencioso-administrativo fue interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 46.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque el día final era inhábil, por lo que el plazo se prorrogó al día siguiente y, además, resultaba aplicable la prórroga hasta las 15 horas del día posterior que contempla el artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud de la interpretación que el propio Tribunal Supremo ha dado a dicho precepto en sentencias como la de 26 de diciembre de 2011 (recurso de casación para la unificación de doctrina 207/2008), y de acuerdo al criterio seguido también por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 24/2008, de 11 de febrero.

El segundo problema abordado por la sentencia es el dirigido a determinar si el servicio público de agua domiciliaria está sujeto a una tasa o si, por el contrario, su régimen es el propio de los precios públicos, como sostuvo la sentencia de instancia al considerar que la corporación local había omitido la preceptiva intervención de la Comisión Territorial de precios autonómica. En este caso, el servicio público no se prestaba directamente por el Ayuntamiento, sino en régimen de gestión indirecta. La cuestión debatida no ha sido pacífica y ha sido recientemente abordada por la Sala Tercera en sentencias de 9 de julio de 2012 (recurso 62/2010) y de 24 de septiembre de 2012 (recurso 4788/2010).

La sentencia comentada repasa detenidamente el tratamiento que la jurisprudencia ha dado a la retribución por la prestación del servicio público de agua domiciliaria o potable, jurisprudencia que ha basculado entre su condición de precio privado y la de tasa. Por lo general, ha atribuido la naturaleza de precio privado, fijado por la Corporación municipal ejercitando su potestad tarifaria y sometido a la aprobación ulterior autonómica en aplicación de la política de control de precios, cuando el servicio era gestionado de forma indirecta por un concesionario o un arrendatario, incluso si se trataba de una empresa participada mayoritariamente por el municipio. En cambio, si el servicio se prestaba directamente, la retribución satisfecha por los usuarios constituía una tasa. Esta interpretación se mantuvo hasta el 1 de enero de 1999, fecha a partir de la cual y en virtud de la disposición transitoria segunda de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, debería siempre considerarse una tasa, debido a las reformas introducidas como consecuencia de la STC 185/1995, cuya doctrina ratificaron las SSTC 102/2005 y 121/2005.

A partir de este momento las SSTS de 20 de julio de 2009 (recurso 4089/2003) y de 12 de noviembre de 2009 (recurso 9304/2003) sientan un criterio conforme al que la prestación de servicio público municipal de abastecimiento de agua, de recepción obligatoria —art. 25.2.l) LBRL—, siempre debe sufragarse a través de una tasa, cualquiera que sea su forma de gestión, pues la forma de gestión no afecta a la naturaleza de la prestación, siempre que su titularidad siga siendo pública, como sucede en los supuestos de concesión. A

partir de la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, operada en 2011 por la Ley de Economía Sostenible, se abre un panorama diferente, que no afecta al caso enjuiciado.

Por lo expuesto, y estando sujeta la prestación del servicio público al régimen fiscal de tasa, el Tribunal estima el recurso de casación, anula la sentencia recurrida y, como ya se hizo con el propio Ayuntamiento de La Orotava en SSTS de 2 de julio de 1999 (recurso 2603/1995), 20 de octubre de 2005 (recurso 3857/2000) y 14 de diciembre de 2011 (recurso 1438/2009), se declara que el acuerdo municipal por el que se aprobaba la ordenanza fiscal reguladora de la tasa de suministro de agua no necesita la previa autorización y aprobación de precios por la Comisión Territorial de Precios de la Comunidad Autónoma de Canarias.

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) Colegios profesionales

a) La audiencia a los Colegios Profesionales en la elaboración de disposiciones generales sólo procede cuando afecten a las profesiones tituladas que les conciernen

El Consejo General de los Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos impugnó el Real Decreto 690/2010, de 20 de mayo, por el que se establece el título de Técnico Superior en Proyectos de Edificación y se fijan sus enseñanzas mínimas. El **Tribunal Supremo** lo desestima por **sentencia de 11 de diciembre de 2012** (recurso 346/2010).

El citado consejo alegaba que el citado Real Decreto debía haber sido anulado, porque hubiera sido preceptivo haberle dado trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración del Reglamento y con ello se infringieron los artículos 24.1.c) de la Ley del Gobierno y 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales.

El Tribunal Supremo considera, en cambio, que no pueden entenderse infringidos los citados preceptos porque el Real Decreto impugnado no afecta directamente al ejercicio de la profesión. El artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno exige la audiencia a través de asociaciones y organizaciones reconocidas por la Ley cuando sus fines guarden relación «directa» con el objeto de la disposición. Igualmente, el artículo 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales establece que éstos informarán preceptivamente los proyectos de disposiciones generales «que se refieran a las condiciones generales de las funciones profesionales, entre las que figurarán el ámbito, los títulos oficiales requeridos, el régimen de incompatibilidades con otras profesiones y el de honorarios cuando se rijan por tarifas y aranceles». Sin embargo, la Sala entiende que nada de esto regula el Real Decreto impugnado, resultando aplicable lo dispuesto en la STS de 19 de mayo de 2009 (recurso 62/2007), pues ni la disposición impugnada regula las condiciones generales de las funciones profesionales ni incide en el estatuto de la profesión. Por ello no era obligatorio realizar el trámite de audiencia para el Consejo General recurrente —en este sentido también las SSTS de 21 de diciembre de 2010 (recurso 9/2009), 15 de febrero de 2012 (recurso 360/2010), 17 de julio de 2012 (recurso 1419/2011) y 30 de octubre de 2012 (recurso 3391/2011).

El Consejo General de los Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos entendía además que la regulación contenida en el Real Decreto impugnado provocaba

la superposición de atribuciones profesionales en las obras de edificación con las de los directores de obra y directores de ejecución de obra, contenidas en la Ley de Ordenación de la Edificación. Ello es descartado por el Tribunal Supremo, primero porque no es probado por el recurrente —a quien le corresponde demostrar que el reglamento impugnado infringe una disposición legal, como afirman las SSTS de 24 de junio de 2009 y de 5 de junio de 2012— y segundo porque lo que el Real Decreto regula es un título de formación profesional para ejercer funciones de colaboración o auxilio a los Arquitectos Técnicos, y no para el desempeño, que la Ley de Ordenación de la Edificación reserva a estos profesionales titulados.

b) Acuerdos de la Asamblea General Ordinaria del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería. Distinción entre acuerdos de naturaleza privada y adoptados en ejercicio de funciones públicas. Competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

El Colegio Oficial de Enfermería de Pontevedra interpuso recurso contencioso-administrativo contra determinados acuerdos adoptados por la Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España. En especial, impugnó la aprobación, de un lado, del presupuesto del Consejo para el año 2008 y, de otro, la fijación de las aportaciones obligatorias de los Colegios provinciales al Consejo General.

Mediante sentencia de 28 de marzo de 2011, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en Madrid acordó inadmitir parcialmente el recurso por falta de jurisdicción para conocer de la primera impugnación, y desestimar en cuanto al fondo la segunda. Contra este Sentencia el Colegio provincial recurrente interpuso recurso de casación denunciado defecto en el ejercicio de la jurisdicción y la infracción de las normas o jurisprudencia aplicables para resolver el fondo de las cuestiones objeto de debate.

La **STS de 16 de octubre de 2012** (recurso núm. 6342/2011) declara no haber lugar al citado recurso de casación. Y lo hace, como la propia sentencia se encarga de precisar, sirviéndose de lo decidido poco antes por la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo a propósito de otros asuntos prácticamente idénticos, a los que ahora expresamente se remite.

De modo que, al igual que en esos otros casos, la sentencia declara una vez más que los acuerdos económicos y patrimoniales de los Colegios Profesionales son de naturaleza privada y, por tanto, ajenos a la competencia de la Jurisdicción contenciosa-administrativa. Y confirma asimismo que «la fijación de la aportación de cada Colegio al Consejo corresponde a este último», al que corresponde igualmente determinar la distribución del certificado de ingreso entre los distintos niveles de la organización colegial.

B) Profesiones tituladas. Regulación de las vías de acceso a los estudios de Máster que habilita para el ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial: falta de exigencia de título universitario oficial español u otro expedido que acredite oficialmente la adquisición de las competencias y formación necesarias. Nulidad

La Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, sienta las bases para realizar una profunda modernización de la Universidad española, para adecuarla al nuevo escenario puesto en pie con la Declaración de Bolonia y la creación del Espacio Europeo de Educación Superior.

En este contexto de renovación normativa se inscribe el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, y que, entre otras determinaciones, dispone en su art. 16 que «para acceder a las enseñanzas oficiales de Máster será necesario estar en posesión de un título universitario oficial español u otro expedido por una institución de educación superior perteneciente a otro Estado integrante del Espacio Europeo de Educación Superior que faculte en el mismo para el acceso a enseñanzas de Máster».

Por su parte, las Órdenes de la Ministra de Ciencia e Innovación CIN/311/2009 y CIN/351/2009, ambas de 9 de febrero, establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión, respectivamente, de Ingeniero Industrial y de Ingeniero Técnico Industrial. En particular, el art. 4.2 del anexo de la primera de las citadas Órdenes establece en sus tres apartados, bajo el título «condiciones de acceso al Máster», otras tantas vías de acceso a los estudios de Máster que habilitan para el ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial, del tenor siguiente:

«4.2.1 Podrá acceder al Máster que habilita para el ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial, quien haya adquirido previamente las competencias que se recogen en el apartado 3 de la Orden Ministerial por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Ingeniero Técnico Industrial y su formación estará de acuerdo con la que se establece en el apartado 5 de la antes citada Orden Ministerial.

4.2.2 Asimismo, se permitirá el acceso al Máster cuando, el título de grado del interesado, acredite haber cursado el módulo de formación básica y el módulo común a la rama, aun no cubriendo un bloque completo del módulo de tecnología específica y sí 48 créditos de los ofertados en el conjunto de los bloques de dicho módulo de un título de grado que habilite para el ejercicio de Ingeniero Técnico Industrial, de acuerdo con la referida Orden Ministerial.

4.2.3 Igualmente, podrán acceder a este Máster quienes estén en posesión de cualquier otro título de grado sin perjuicio de que en este caso se establezcan los complementos de formación previa que se estimen necesarios».

Contra este último diseño, el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales interpuso recurso contencioso-administrativo, interesando la nulidad de los citados apartados del art. 4.2 del Anexo de la Orden CIN/311/2009 por considerar, en lo que ahora exclusivamente más importa, que el mismo contradecía lo dispuesto en el art. 16 del citado Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre. Razonó, en especial, que el apartado 1 del citado art. 4.2 del anexo de la Orden impugnada contemplaba una vía de acceso al Máster, que habilita para el ejercicio de la profesión titulada de Ingeniero Industrial, manifiestamente fraudulenta del nuevo sistema legal universitario, toda vez que no exigía la previa posesión de ningún título universitario oficial ni, en consecuencia, la acreditación tampoco de la adquisición de las competencias y la formación necesarias para acceder a los estudios de Máster de Ingeniería Industrial, que queda de este modo totalmente indefinida.

El recurso fue desestimado en instancia por Sentencia de 30 de marzo de 2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Interpuesto recurso de casación, la **STS de 30 de octubre de 2012** (recurso núm. 3391/2011) declara haber lugar al mismo, estima parcialmente el recurso contencioso interpuesto y, en consecuencia, declara que el primer apartado del art. 4.2 del Anexo de la Orden ministerial impugnada es nulo de pleno derecho.

En síntesis porque efectivamente, como denunciaba la entidad colegial recurrente, la previsión de semejante vía de acceso a los estudios de Máster de Ingeniería Industrial, sin exigencia de titulación universitaria oficial previa, supone a juicio de la sentencia una alteración sustancial del régimen diseñado por el citado Real Decreto, pues, «sin la existencia previa de un título universitario oficial, como pretende esta vía de acceso impugnada, no es posible acreditar la adquisición de una serie de competencias y una formación, puesto que cada uno de ellos (Grado, Máster y Doctorado) lleva aparejada la asunción de determinadas competencias (objetivos) y una formación acreditada, y sin la cual tampoco sería posible un sistema de reconocimiento y transferencia, piedra angular de la Declaración de Bolonia para fomentar la movilidad y progresiva asunción de competencias y conocimientos por parte de los estudiantes».

4. UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Anulación de acto de proclamación de candidato a rector. Vulneración del derecho a acceder a las funciones públicas (art. 23.2 CE). Resolución judicial que procede a una interpretación extensiva de la causa de inelegibilidad establecida en los Estatutos de la Universidad

Por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Rey Juan Carlos de 23 de octubre de 2009 se convocaron elecciones a Rector, a celebrar el siguiente 26 de noviembre. A las mismas se presentaron tres candidatos. Uno de ellos, el señor González-Trevijano Sánchez, había sido elegido Rector-Presidente en las elecciones al Claustro constituyente convocadas en 2002 por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, y se mantuvo en el cargo una vez que entraron en vigor al año siguiente los Estatutos de la Universidad, hasta que, agotado el mandato, se procedió a la celebración de nuevas elecciones en 2005, ajustadas ya a lo dispuesto en los citados Estatutos, y en las que nuevamente resultó elegido y, consiguientemente, nombrado Rector.

El señor Ríos Insua, uno de los otros dos candidatos a las elecciones convocadas, impugnó la proclamación de la candidatura del señor González-Trevijano alegando que éste no podía concurrir como candidato, al haber desempeñado ya el cargo de Rector durante los dos mandatos precedentes y, por tanto, por impedirlo el art. 77.3 *in fine* de los Estatutos de la Universidad, que establece que quien sea Rector «[ú]nicamente podrá presentar de nuevo su candidatura a las elecciones a Rector una sola vez consecutiva». El señor González-Trevijano se opuso alegando que el cargo de Rector-Presidente pre-estatutario no era asimilable al de Rector y, por tanto, que su desempeño no le impedía ser candidato.

La impugnación fue rechazada por resolución de la Junta Electoral Central de la Universidad, de 13 de noviembre 2009, y el siguiente día 16 de noviembre procedió a la proclamación definitiva de los tres candidatos presentados. Contra esta decisión el señor Ríos Insua interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 23 de Madrid, de 10 enero de 2011. Entretanto se celebraron las elecciones y el señor González-Trevijano resultó elegido nuevamente Rector de la Universidad.

Interpuesto recurso de apelación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, mediante sentencia de 3 de junio de 2011, lo estimó, ordenando retrotraer el

proceso electoral al momento inmediato anterior al de la proclamación provisional de los candidatos. La Sala declaró que el mandato iniciado en 2002, aunque previo a la aprobación de los Estatutos, cuadraba no obstante con la previsión estatutaria del art. 77.3 y, por tanto, que el señor González-Trevijano no podía presentarse a una nueva reelección al haber desempeñado ya el cargo de Rector en dos mandatos sucesivos. La sentencia precisó también que esa interpretación no incurría en la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE ni pugnaba tampoco con el art. 23.2 CE, toda vez que el derecho de acceso a los cargos públicos se refiere a los cargos públicos de representación política y no, por tanto, al cargo de Rector universitario.

Contra esta sentencia, confirmada por Auto de la propia Sala del TSJ de Madrid, de 7 de octubre de 2011, el señor González-Trevijano y la Universidad Rey Juan Carlos promovieron sendos recursos de amparo. La **STC 192/2012, de 29 de octubre**, estima el recurso planteado por el Sr. González-Trevijano con fundamento en la vulneración de su derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE) y, en su virtud, anula las resoluciones judiciales de la Sala del TSJ de Madrid impugnadas en amparo.

Para alcanzar esta conclusión la sentencia, luego de decidir sobre algunos extremos procesales, pero que ahora no importan tanto, comienza por examinar si el derecho fundamental del art. 23.2 CE y, en particular, la noción de «funciones y cargos públicos» comprende también el cargo de rector de una universidad pública. El Tribunal, sirviéndose de su propia doctrina elaborada al respecto, concluye que, si bien el cargo de rector no cuadra con la noción de «cargo público» del art. 23.2, que está efectivamente reservada, como era el criterio de la sentencia recurrida en amparo, a los cargos electivos de representación genuinamente política de los entes territoriales (FJ 3), sí encaja, no obstante, con el derecho fundamental a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, que es un derecho distinto al de acceder a los cargos públicos electivos de representación política (FJ 4). Y a probarlo con pormenor dedica a continuación (FJ 5) abundantes razonamientos que especialmente ponen de relieve la condición de Administración pública de las Universidades y el carácter igualmente público de la función de rector, en tanto que servida por funcionarios de carrera, sin que el hecho de que el cargo de rector sea proveído a través de un proceso electoral y de carácter temporal desmienta esa conclusión, por ser extremos confiados a la libertad del legislador orgánico, que puede válidamente modularlos para cohonestar mejor de ese modo los principios de mérito y capacidad en el «acceso al cargo de rector de una universidad pública (art. 23.2, en relación con el art. 103.3 CE) con la autonomía universitaria constitucionalmente garantizada (art. 27.10 CE)».

Con arreglo a este encuadramiento constitucional, la sentencia nota a continuación que el canon de enjuiciamiento de la interpretación judicial del art. 77.3 de los Estatutos de la Universidad no es el tradicional del art. 24.1 CE, que solo rechaza la interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria manifiestamente irrazonables, arbitrarias o incursas en error patente, sino el «propio de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales sustantivos», esto es, el que exige observar el principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales (FJ 6).

Aplicando este canon reforzado de enjuiciamiento, la sentencia subraya la consecuente necesidad de interpretar restrictivamente las causas de inelegibilidad de acceso a las fun-

ciones públicas y nota también la inexistencia de norma expresa que impidiera la presentación del recurrente en amparo al proceso electoral. Con estos presupuestos concluye que «el órgano judicial, pese a la ausencia de norma expresa impeditiva, ha excluido al demandante de amparo de la posibilidad de acceder al cargo de Rector de la Universidad Rey Juan Carlos mediante una aplicación extensiva de la causa de inelegibilidad prevista en el art. 77.3 *in fine* de sus Estatutos, soslayando el principio de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE, [y] dispensándole así un trato contrario a las exigencias del principio de igualdad en relación con aquellas otras personas que, tras el pronunciamiento judicial, sí podían concurrir como candidatos a la elecciones rectorales».

Contra este modo de razonar y la conclusión en que termina la Magistrada Encarna Roca firma un voto particular discrepante. Primero para cuestionar la noción de funciones públicas que maneja la sentencia para incluir también a aquellas funciones públicas que no forman parte, en términos estrictos, de la carrera profesional de los funcionarios, y [eliminar de este modo] la relación que debe existir entre el derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas y el principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública consagrado en el art. 103.3 CE». Pues, en su criterio, «el cargo de Rector, aunque al servicio de la Administración universitaria, no es un puesto funcionarial, no forma parte de la carrera administrativa de los Catedráticos de Universidad y tampoco se provee de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, sino por la única voluntad de quienes tienen la competencia para elegirlo, en este caso, la comunidad universitaria que libremente decide el candidato que estime, por los motivos que considere oportunos, más idóneo para el cargo, lo cual debe conllevar su exclusión del derecho fundamental del at. 23.2 CE».

Y segundo para discrepar asimismo de la conclusión de la sentencia, «que ha transformado el contenido del derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas que consagra el art. 23.2 CE en un derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las funciones públicas sin tener en cuenta si la interpretación que de la normativa estatutaria ha realizado el Tribunal ha provocado, en realidad, una diferencia de trato entre los candidatos necesaria para la vulneración de esta dimensión interna y específica del derecho fundamental». Simplemente porque «en la aplicación de la norma estatutaria que establece la limitación de mandatos, no cabe hablar de trato diferenciado cuando no existe término de comparación, ya que de todos los aspirantes al cargo de Rector, el demandante de amparo era el único al que podía resultar aplicable la norma estatutaria».

La STC 192/2012, ahora anotada, ha tenido su continuación en el más reciente ATC 6/2013, de 14 de enero de 2013, que declara la extinción por desaparición sobrevenida de su objeto, del recurso de amparo promovido por la Universidad Rey Juan Carlos, en este mismo asunto.

MIGUEL CASINO RUBIO
JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

1. CONCEPTO DE SANCIÓN.

   A) No es sanción la devolución del extranjero en caso de entrada ilegal en España pero sí lo es la prohibición de entrada en territorio español que dicha devolución lleva aparejada de forma automática.

   B) No son sanciones las medidas de contención física personal o de separación preventiva en habitación individual acordadas contra extranjeros en centros de internamiento para garantizar la seguridad.

   C) No es sanción la clausura de establecimiento por razones de seguridad.

   D) No es sanción la penalidad impuesta por la Administración al contratista por demora en la ejecución del contrato.

2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA SANCIONADORA.

   A) La competencia para tipificar infracciones y determinar sanciones se atribuye *ratione materiae*.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.

   A) Vulneración de la reserva de ley por remitirse al reglamento la tipificación de la infracción.

   B) Vulneración de la tipicidad por interpretación extensiva de la expresión «legislación básica del la viña y del vino» como sinónimo de «legislación estatal» para poder sancionar una conducta.

   C) Vulneración de la tipicidad derivada del incumplimiento de una sentencia del TJUE.

   D) Vulneración de la tipicidad por un precepto legal que encomienda a la Administración la determinación caso por caso de la gravedad de la infracción cometida.

4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE.

   A) Se extiende también al plazo de prescripción correspondiente al tipo de infracción en que queda incluida la conducta como consecuencia del cambio normativo.

5. ANTIJURIDICIDAD.

   A) Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, derecho de asociación.

   B) Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, la libertad de expresión.

6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD.

   A) Error de prohibición que excluye la culpa.

   B) El cambio retroactivo en la interpretación de una norma vulnera el principio de confianza legítima y excluye la existencia de culpabilidad.

   C) Exclusión por confianza legítima.

   D) Error sobre un supuesto fáctico de una causa de justificación, que atenúa la culpabilidad.

7. SUJETOS RESPONSABLES.

   A) Responsabilidad directa del administrador de una sociedad por incumplimiento de sus propias obligaciones.

8. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM.*

   A) La vulneración del *non bis in idem* material exige la identidad de hechos de los dos castigos impuestos.

   B) La incoación de un segundo procedimiento para sancionar la misma infracción que se persiguió en el primer procedimiento caducado no lesiona el *non bis in idem* procesal.

9. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

   A) No concurre causa de abstención en el instructor del expediente por pertenecer al órgano colegiado que acordó las actuaciones inspectoras de las que luego se derivó aquel.

   B) Vulneración del derecho de defensa por falta de notificación de la propuesta de resolución que contenía un hecho nuevo y determinante de la sanción.

   C) El boletín de denuncia debe contener exactamente los hechos por los que se imputa al sancionado.

   D) Notificación edictal que causa indefensión.

10. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

    A) El reconocimiento de un error de hecho por parte del sancionado equivale al reconocimiento de la negligencia necesaria para estimar la existencia de culpabilidad en su actuación.

    B) Prueba indiciaria: aceptación y requisitos.

    C) Prueba obtenida con lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. La sanción impuesta en virtud de prueba ilícita implica la vulneración de la presunción de inocencia.

    D) Posible vulneración de la presunción de inocencia como regla de tratamiento fuera del procedimiento administrativo sancionador.

11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

    A) La ampliación del plazo del trámite de audiencia a petición del interesado no paraliza el transcurso del plazo máximo para resolver.

    B) Caducidad por falta de motivación de la ampliación del plazo máximo para resolver y notificar.

12. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES.

    A) Los hechos constatados en un expediente caducado no pueden servir para apreciar la agravante de reincidencia.

13. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN.

    A) Prescripción de las infracciones continuadas, permanentes y de estado.

    B) Prescripción de las infracciones permanentes e instantáneas.

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA.

    A) Alcance del control de los vicios formales del procedimiento administrativo sancionador.

    B) Indemnización por sanción disciplinaria anulada.

---

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) No es sanción la devolución del extranjero en caso de entrada ilegal en España pero sí lo es la prohibición de entrada en territorio español que dicha devolución lleva aparejada de forma automática

Se interpone recurso de inconstitucionalidad contra el art. 58.6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en la versión resultante de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Por lo que aquí interesa dicho precepto establece: «Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años». La recurrente considera que la regulación de este precepto ha modificado la naturaleza de la devolución para transformarla en una sanción similar a la expulsión con sus mismas consecuencias jurídicas y materiales, lo que conlleva la vulneración de los art. 24 y 105 CE en tanto que se trataría de una sanción impuesta de plano. Al respecto, la **STC 17/2013, de 31 de enero** (recurso de inconstitucionalidad, Pleno), explica que la devolución «en tanto que consiste en la decisión administrativa por la que se decide la salida de España de aquellos que han pretendido entrar en nuestro país eludiendo los requisitos que para ello exige la legislación en materia de extranjería, no supone el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino que se dicta como medida de restitución de la legalidad conculcada (...). A diferencia de la expulsión, la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido. No concurre así en la orden de devolución la "función represiva, retributiva o de castigo" propia de las sanciones». Con relación a la imposición de la prohibición de entrada, «del propio tenor literal del precepto, el cual afirma que "toda devolución (...) llevará consigo la prohibición de entrada" es posible deducir que tal prohibición de entrada no forma parte, en sí misma, de la decisión administrativa que

se expresa en la orden de devolución y presenta, por ello, una naturaleza diferente, propia de una sanción administrativa impuesta como consecuencia de una concreta conducta, el incumplimiento de las condiciones para la entrada y permanencia en España». En este caso —continúa la sentencia—, se advierte que tal medida no respeta las garantías específicas que resultan exigibles a las actuaciones administrativas de naturaleza sancionadora. Por tanto, puede concluirse que el inciso impugnado del art. 58.6 LOEx no respeta la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE y, es, por ello, inconstitucional.

B) No son sanciones las medidas de contención física personal o de separación preventiva en habitación individual acordadas contra extranjeros en centros de internamiento para garantizar la seguridad

Se interpone recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 2 del art. 62 *quinquies* de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en la versión resultante de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Tal precepto, relativo a las medidas de seguridad que pueden adoptarse en los centros de internamiento de extranjeros, establece que «Se podrán utilizar medios de contención física personal o separación preventiva del agresor en habitación individual para evitar actos de violencia o lesiones de los extranjeros, impedir actos de fuga, daños en las instalaciones del centro o ante la resistencia al personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo. El uso de los medios de contención será proporcional a la finalidad perseguida, no podrán suponer una sanción encubierta y solo se usarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario». El recurrente alega que tales medidas de seguridad tienen una función represiva pero la **STC 17/2013, de 31 de enero** (recurso de inconstitucionalidad, Pleno), declara que persiguen otras finalidades justificativas de las que se encuentra ausente la idea de castigo y que permiten, por lo tanto, aplicarlas sin necesidad de observar las garantías constitucionales que rigen la imposición de las sanciones: «la adopción de estas medidas está circunscrita tanto por su finalidad exclusiva, el restablecimiento de la normalidad en el centro, como por su duración limitada, pues solo subsistirán el tiempo estrictamente necesario para la desaparición de la circunstancia que lo motivó, lo cual corresponde apreciar, en última instancia al juez (...). Por otra parte, (...) falta aquí la "finalidad represiva, retributiva o de castigo" que hemos venido destacando como específica de las sanciones pues claramente se aprecia que su finalidad es distinta de la sancionadora ya que no busca la disuasión en la realización de determinados comportamientos o el castigo de los mismos una vez producidos sino únicamente reaccionar frente a conductas susceptibles de poner en riesgo la integridad física de los extranjeros internados, el efectivo cumplimiento de la medida cautelar de internamiento judicialmente impuesta o el orden y la seguridad en el propio centro de internamiento. Por esta razón, cabe entenderlas justificadas por finalidades distintas de la de castigar, que es la propia de las sanciones administrativas, ya que persiguen la simple aplicación del ordenamiento por parte de la Administración».

C) No es sanción la clausura de establecimiento por razones de seguridad

La Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid acuerda suspender la actividad sanitaria de administración de medicamentos por vía intravenosa que desarrolla la *Fundación Alborada* en su consulta de Medicina General, Odontología, Enfermería y Obtención de Muestras. La Administración arguye para ello la constatación de la administración de un medicamento no autorizado por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, y de otro medicamento reservado únicamente a uso hospitalario, lo que podría suponer grave riesgo para la salud de las personas. La Fundación titular del establecimiento recurre alegando la infracción de diversos principios propios del Derecho Administrativo Sancionador. La **STSJ de Madrid de 17 de julio de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 893/2010) confirma la medida adoptada por la Consejería sobre la base de que aquella no constituye una sanción, sino el ejercicio de la potestad atribuida en el artículo 148.1 de la Ley 12/2001, en el que expresamente se afirma que «No tendrán carácter de sanción la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las previas autorizaciones o registros sanitarios preceptivos o la suspensión de funcionamiento hasta tanto se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad». De este modo, la sentencia considera que «esta suspensión de actividad sanitaria (...) se ha dictado por la Administración en el ejercicio de la potestad (...) de inspección y de control, potestad esta de naturaleza distinta de la sancionadora y en la que se pueden adoptar medidas restrictivas de derechos que ni tienen naturaleza sancionadora —no todas las medidas restrictivas de derechos suponen el ejercicio del *ius puniendi* del Estado— ni tienen por qué derivar de forma inexorable en un ulterior procedimiento sancionador».

D) No es sanción la penalidad impuesta por la Administración al contratista por demora en la ejecución del contrato

El Ayuntamiento de Murcia penaliza con una cantidad dineraria a la UTE encargada de las obras de remodelación del Teatro Romea por incumplimiento del plazo de la ejecución de dichas obras. Recurrida en vía judicial, se acuerda la suspensión de la penalidad, previa prestación de aval. El Ayuntamiento recurre la suspensión argumentado que la penalización impuesta no es una sanción sino una medida dirigida a estimular el cumplimiento de los plazos de conclusión de las obras por el contratista. La **STSJ de Murcia de 13 de julio de 2012** (recurso de apelación núm. 281/11) da la razón al Ayuntamiento, dejando sin efecto la suspensión acordada por el Juzgado, al estimar que «al supuesto enjuiciado no le son de aplicación las normas contenidas en la legislación tributaria en relación con la suspensión de la ejecución. La base jurídica se contiene en el artículo 196.4 de la LCSP, conforme al cual cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato. Consiguientemente, nos resulta claro que la penalización no es una sanción sino una medida coercitiva establecida legalmente para propiciar el cumplimiento por el contratista que se demora en conclusión de su prestación dentro del plazo total fijado en el contrato».

2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA SANCIONADORA

A) La competencia para tipificar infracciones y determinar sanciones se atribuye *ratione materiae*

La Junta de Andalucía impone una sanción de multa de 400.000 euros por la comisión de una infracción grave en materia ambiental por la corta de arbolado para la transformación del suelo de forestal a agrícola sin previa autorización administrativa ni evaluación de impacto ambiental. Ante las dudas suscitadas respecto a si la normativa sancionadora aplicable debe ser la andaluza o la estatal, la **STS de 16 de febrero de 2012**, Sección Quinta (recurso de casación núm. 1810/2009), indica que «debe recordarse que la potestad sancionadora —y el procedimiento para su ejercicio— es de carácter accesorio con relación a la competencia material o sustantiva, por lo que debe de atenderse al carácter con que esté atribuida la competencia en materia de montes». De este modo, y teniendo en cuenta que «la competencia en materia de montes es una de las asumidas con carácter exclusivo por la Comunidad Autónoma de Andalucía, (...) sin perjuicio de la competencia del Estado de dictar legislación de carácter básico en materia de montes», la sentencia resuelve que la normativa sancionadora aplicable debe ser la andaluza.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Vulneración de la reserva de ley por remitirse al reglamento la tipificación de la infracción

Se interpone cuestión de inconstitucionalidad contra el apartado 7 del art. 16.2.b) de la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid. En el proceso del que trae causa se había impuesto una sanción de 2.000 euros a una taxista por incumplir las condiciones de prestación del servicio al haber esperado y recogido a viajeros fuera de la parada oficial. Dicho precepto tipifica como infracción grave «el incumplimiento de las condiciones esenciales de la autorización o licencia, salvo que deba considerarse infracción muy grave». Según dispone expresamente esa norma, entre esas condiciones esenciales se incluyen, en todo caso, las que el propio precepto establece en sus seis primeros apartados, y en el número séptimo, que es el ahora cuestionado, se establece, además, «cualesquiera otras que puedan establecerse reglamentariamente». El juzgado proponente entiende que el precepto cuestionado está remitiendo al reglamento la tipificación, de manera autónoma e independiente de la ley, de infracciones administrativas, lo que determina, a su juicio, la vulneración del principio de legalidad sancionadora. La **STC 13/2013, de 28 de enero** (Sala Primera, cuestión de inconstitucionalidad), recuerda que «lo que el art. 25.1 prohíbe es la remisión de la ley al reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica». Pues bien, «esta previsión, (...) objeto de la presente cuestión de constitucionalidad, supone la atribución de un amplísimo margen al reglamento para la fijación de las conductas sancionables. Impone un solo límite: las infracciones administrativas pueden referirse a cualesquiera condiciones de la autorización o licencia siempre que puedan

considerarse esenciales; sin acotación material alguna ni referencia a bienes jurídicos cuya protección pudiera justificar la sanción. Ciertamente, el concepto jurídico indeterminado "condiciones esenciales de la autorización o licencia" es un parámetro legal que en alguna medida orienta al reglamento. No obstante, en ausencia de más determinaciones legales, constituye una laxa e insuficiente guía normativa desde la perspectiva del principio de legalidad sancionadora. Con ello está permitiendo que la Administración lleve a cabo una tipificación *ex novo* de conductas ilícitas (...). Debe pues afirmarse que los elementos esenciales de la conducta antijurídica no están identificados en la Ley y por ello la entera definición de esos "elementos esenciales" es la que se encomienda al poder reglamentario en contra del art. 25.1 CE». Se estima la cuestión y se declara nulo el precepto por vulneración del principio de legalidad sancionadora.

B) Vulneración de la tipicidad por interpretación extensiva de la expresión «legislación básica del la viña y del vino» como sinónimo de «legislación estatal» para poder sancionar una conducta

A la entidad *Bodegas Antaño, S.A.*, se le impone una sanción de multa de 60.000 euros por infracción muy grave tipificada en el art. 40.2.d) de la Ley estatal 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino, en concreto por utilización indebida de contraetiquetas propias del vino de calidad producido en una región determinada. La sancionada adujo en el expediente administrativo sancionador que esa conducta no constituía un ilícito administrativo en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León al no figurar tipificada en el cuadro de infracciones de la Ley 8/2005, de 10 de junio, de la Viña y del Vino de Castilla y León, que desplaza a la Ley estatal en todo aquello que no tenga carácter básico, como sucede con el art. 40.2.d), al que no se atribuye formalmente tal condición. No obstante, para la Administración sancionadora «cuando el art. 42 de la ley autonómica 8/2005 declara que "con carácter general, el régimen sancionador en las materias objeto de la presente Ley será el establecido en la legislación básica de la Viña y del Vino, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos siguientes", el legislador castellano-leonés "se está refiriendo a la Ley 24/2003, de 10 de julio, en su conjunto, que es la Ley básica de la Viña y el Vino, sin excluir aquellas normas contenidas en ella que no son calificadas por la propia ley como básicas, pero que son aplicables en las Comunidades Autónomas en tanto las desplacen con el simple ejercicio de sus competencias normativas». La bodega sancionada recurre en amparo y esgrime la violación manifiesta de su derecho fundamental a la legalidad sancionadora. Así mismo, aduce la ausencia de pronunciamientos del TC acerca del problema de si, en materia sancionadora, los preceptos no básicos de una ley básica estatal son aplicables —con carácter supletorio *ex* art. 149.3 CE— en una Comunidad Autónoma que haya asumido y ejercido sus competencias exclusivas en la materia, como ocurre en materia de agricultura y denominaciones de origen.

Para la **STC 90/2012, de 7 de mayo** (recurso de amparo, Sala Primera), «hay que recordar que la garantía material del principio de legalidad tiene implicaciones tanto para el legislador como para los órganos judiciales. (...) En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que (...) les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los lími-

tes que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes». Pues bien, en virtud de la mencionada doctrina, la Sala declara que hay que otorgar el amparo solicitado pues la subsunción de la conducta en el art. 40.2.d) de la Ley 24/2003 supuso una quiebra del principio de tipicidad pues ninguno de los argumentos de la Administración sancionadora justifica la aplicación al caso del indicado precepto de la Ley estatal. En efecto, continúa la sentencia, «convertir la expresión "legislación básica de la viña y del vino" empleada por el art. 42 de la Ley [autonómica] (...) en sinónimo de "legislación estatal" en la materia representa una interpretación extensiva de lo dispuesto por el legislador autonómico (...). Una interpretación del precepto legal autonómico como la examinada, que prescinde del sentido que en el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias encierra lo básico, difícilmente podrá considerarse acorde con las exigencias de predeterminación normativa de los ilícitos consustanciales al ya reseñado mandato de taxatividad. Al prescindirse del significado propio de la expresión "legislación básica" se genera incertidumbre acerca de las conductas que, en materia vitivinícola, puedan merecer una respuesta represora por parte de la Administración autonómica de Castilla y León, toda vez que no quedan limitadas a aquellas expresamente caracterizadas como básicas por el legislador en cumplimiento del requisito formal de lo básico (...). Esa transmutación —y la advertida invasión del ámbito reservado en exclusiva al legislador— se produce cuando el aplicador de la norma deduce el carácter ilícito de la conducta no de la decisión expresa del legislador sino de la consideración, realizada en la Sentencia de apelación, de que "difícilmente puede sostenerse que el Legislador autonómico no quisiera tipificar como infracción la utilización indebida de contraetiquetas". Estamos en presencia de una valoración penológica de la conducta *in abstracto* (función propia del creador de la norma) y no ante un juicio calificativo de unos concretos hechos (tarea que le corresponde al aplicador del Derecho). (...) [Por otra parte], la aplicación de Derecho supletorio [estatal en virtud del art. 149.3 CE] ha de partir de la constatación de la existencia de una laguna, de un vacío de regulación, que no existe cuando falta la tipificación de una concreta conducta pues, en tales casos, no hay laguna jurídica alguna habida cuenta de que no existen conductas materialmente merecedoras de castigo en defecto de regulación legal al respecto (...). Cuando el legislador autonómico, al ejercer una determinada competencia, no tipifica una concreta conducta, no está ejerciendo de manera incompleta sus potestades de ordenación de un determinado sector (...). Por lo demás, (...) no es el particular, en este caso una persona jurídica, quien deba padecer las consecuencias de una deficiente, incorrecta o incompleta tipificación de las (...) [conductas] por exigencia del art. 25.1 CE». Se otorga el amparo y se anula la multa impuesta.

En idéntico sentido y con la misma demandante, **SSTC 109 y 127/2012, de 21 de mayo y 18 de junio** (recursos de amparo, Salas Primera y Segunda, respectivamente). Igualmente, pero con otra demandante aunque de la misma denominación de origen**, STC 156/2012, de 17 de septiembre** (recurso de amparo, Sala Segunda).

C) Vulneración de la tipicidad derivada del incumplimiento de una sentencia del TJUE

A la entidad *Iberdrola, S.A.*, se le impone una sanción de multa de 60.101,21 euros por infracción consistente en incrementar su participación en el capital social de la entidad *Medgaz, S.A.*, sin la preceptiva autorización administrativa. Dicha actuación estaba tipificada como infracción en el apartado 1, párrafo segundo, función 14, de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. No obstante, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2008 declaró que esa norma española era contraria a los arts. 49 y 63 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ello es esgrimido en amparo por la sancionada, que invoca la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por la selección irracional y arbitraria de las normas jurídicas aplicables, pues no se aplicó la sentencia del TJUE que declaraba expresamente la contradicción de la norma española con el Derecho Comunitario. Así mismo, aduce que la sanción impugnada lesiona el art. 25.1 CE por infracción del principio de tipicidad, pues la conducta sancionada habría devenido atípica tras la citada sentencia del TJUE. Según la **STC 145/2012, de 2 de julio** (recurso de amparo, Sala Primera), «los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (...). Esta facultad de inaplicación se ha extendido también a las Administraciones públicas, incluidos los organismos reguladores. De todo lo expuesto se deduce que las resoluciones judiciales impugnadas, al otorgar al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la referida Sentencia de 17 de julio de 2008 efectos *ex nunc*, argumentando que se trata de una Sentencia posterior a la resolución sancionadora recurrida y que no ha condicionado la validez de ningún precepto del ordenamiento español, están desconociendo el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea (que obliga a los Jueces y Tribunales nacionales a aplicar la norma prevalente), así como el carácter ejecutivo de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en un procedimiento por incumplimiento (que obligan a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a garantizar que se llevan a efecto) y los efectos *ex tunc* de las mismas (que proyectan la eficacia de sus pronunciamientos al momento de entrada en vigor de la norma interna considerada contraria al Derecho de la Unión Europea, y no a la fecha en que se dictan dichas Sentencias) (...). En consecuencia, cabe afirmar que (...) [se] ha llevado a cabo una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso». Se declara lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva de la sociedad demandante. Además —continúa la sentencia—, «debe concluirse que la sanción impuesta a la demandante es nula por vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), toda vez que la infracción administrativa por la que ha sido sancionada carece de cobertura legal (...). Cierto es que cuando se dicta la resolución sancionadora (así como la resolución que la confirma en alzada) el apartado 1, función 14, de la disposición adicional undécima de la Ley 34/1998, no había sido aún declarado contrario al Derecho comunitario por el TJUE, pero no lo es menos que la Administración pública también queda vinculada por el principio de primacía del Derecho comunitario, y que, como ha quedado expuesto, la eficacia *ex tunc* de la Sentencia del TJUE de 17 de julio de 2008 determina que la eficacia de sus pronunciamientos se proyecte al momento de entrada en vigor de aquella norma, lo que implica la falta de predeterminación normativa válida *ab*

initio de la infracción administrativa por la que la demandante de amparo fue sancionada y, en consecuencia, la nulidad de la sanción impuesta».

D) Vulneración de la tipicidad por un precepto legal que encomienda a la Administración la determinación caso por caso de la gravedad de la infracción cometida

Se interpone una cuestión de inconstitucionalidad contra el —ya derogado— art. 30 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1993, de 5 de marzo, del Estatuto del Consumidor, en el inciso que establece que las infracciones a dicha Ley «se calificarán como leves, graves o muy graves en función del riesgo que supongan para la salud o seguridad de los consumidores, con especial atención a las de los que están especialmente protegidos por la presente Ley, en función de la cuantía del beneficio obtenido como consecuencia directa o indirecta de la infracción, en función de la situación de predominio del infractor en algún sector del mercado y en función de su reincidencia». Esta cuestión trae causa de un procedimiento en el que se habían impuesto por la Agencia Catalana de Consumo dos sanciones: la primera castigaba una infracción en materia de derechos lingüísticos de los consumidores (no ofrecer, al menos en catalán, la información relativa a los servicios ofertados), y la segunda la inclusión de cláusulas contractuales lesivas o abusivas para los consumidores. El titular del Juzgado sustenta su duda en la posible contradicción entre el inciso señalado y el principio de taxatividad en la tipificación de infracciones resultante del principio de legalidad recogido en el artículo 25.1 CE. A su juicio, el inciso cuestionado no concreta cuándo las infracciones reguladas son leves, graves o muy graves, relegando esta crucial tarea a la fase de aplicación y, consecuentemente, dejando de establecer el contenido esencial mínimo que exige la jurisprudencia constitucional relativa al artículo 25.1 CE. Pues bien, la **STC 166/2012, de 1 de octubre** (cuestión de inconstitucionalidad, Sala Primera), recuerda que «en particular, para el caso de leyes que remiten la calificación de las infracciones como leves, graves o muy graves a un órgano administrativo, hemos declarado: "la graduación de las sanciones o calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa" (SSTC 252/2006 y 100/2003). Sobre esta base, es claro que el precepto cuestionado traslada la calificación de las infracciones a un momento aplicativo posterior y, por ende, externo a la previsión legal en contra de la vertiente material del derecho a la legalidad sancionadora recogido en el artículo 25.1 CE». Se estima la cuestión y se declara inconstitucional y nulo el precepto cuestionado.

En el caso enjuiciado por la **STC 175/2012, de 15 de octubre** (recurso de amparo, Sala Segunda) en el que la compañía naviera *Buque Bus España, S.A.*, fue sancionada por concertar los precios con las otras navieras que operaban la línea de transporte marítimo Algeciras-Ceuta-Algeciras, la sancionada invoca en amparo que la norma no establecía qué concretas conductas de las tipificadas habían de ser reputadas leves, cuáles graves y qué otras muy graves, y que eso lesionaba el art. 25.1 CE. Pero la Sala Segunda contesta que «la configuración de la norma aplicable es distinta en este caso, pues resulta evidente que el art. 10 LDC no divide las infracciones que tipifica en categorías, lo que no significa, como de hecho pone de relieve el Fiscal, que entre esas infracciones haya unas leves, otras graves y otras muy graves y que el legislador no las haya diferenciado a la hora de atribuirles su correspondiente

sanción, sino que ha considerado conveniente atribuir a todas las clases de conductas que tipifica una misma gravedad, que solo diferirá por las circunstancias de hecho que rodeen a la comisión concreta de las mismas, las cuales tendrán su reflejo en la cuantificación de la multa por medio de la aplicación razonada de los criterios generales que dicho precepto enuncia. De acuerdo a esta interpretación, según la cual el art. 10 LDC tipifica una sola categoría de infracciones y una sola categoría de sanciones, no apreciamos ningún déficit de predeterminación normativa en la correlación entre infracciones y sanciones pues esta es unívoca, procediendo por este motivo desestimar la primera de las alegaciones de la actora».

4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) Se extiende también al plazo de prescripción correspondiente al tipo de infracción en que queda incluida la conducta como consecuencia del cambio normativo

La Agencia de Protección de Datos sanciona el 7 de julio de 2010 a *Banco Popular-E, S.A.*, por la comisión de una infracción muy grave consistente en comunicar a otra entidad los datos personales de unos clientes sin su consentimiento. Los hechos constitutivos de infracción tuvieron lugar el 30 de octubre de 2007. En marzo de 2011 la Ley de Economía Sostenible modificó la Ley de Protección Datos. Entre otros extremos, la modificación consistió en tipificar la conducta por la que fue sancionada *Banco Popular-E, S.A.*, como infracción grave en lugar de muy grave. Como las infracciones graves tienen un plazo de prescripción de dos años, en lugar de los tres que corresponden a las muy graves, la **SAN de 25 de mayo de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 639/2010) anula la sanción impuesta por aplicación retroactiva del plazo de prescripción correspondiente a las infracciones graves. A juicio de la sentencia, «tal retroactividad ha de extenderse igualmente a la prescripción de la infracción, tal y como el Tribunal Supremo, especialmente en materia tributaria, ha venido sosteniendo con reiteración. Así la STS de 20 de diciembre de 2011 (Rec. 152/2009), dictada en casación para unificación de doctrina, declara que la prescripción en el ámbito sancionador es una cuestión que afecta a la esencia de la sanción, lo que comporta que las normas favorables han de tener efectos retroactivos favorables y, contrariamente, las no favorables no pueden ser interpretadas retroactivamente. Por tanto, en el asunto examinado el eventual efecto desfavorable que para el sancionador se deriva, por el hecho de permitir que el procedimiento sancionador iniciado dure más (...) tiene que ser excluido. En consecuencia, y aplicando al presente supuesto dicho carácter esencial de la prescripción en el ámbito sancionador, del que deriva su efecto retroactivo, ha de (...) serle aplicable el plazo de dos años que, para apreciar la prescripción de las mismas, deriva del artículo 47 LOPD. Plazo de dos años que, como se ha expuesto con anterioridad, ha sido sobrepasado en el presente caso».

5. ANTIJURIDICIDAD

A) Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, derecho de asociación

El Tribunal de Defensa de la Competencia sancionó a varias líneas aéreas y a varias asociaciones de agencias de viajes, entre ellas la *Federación Española de Asociaciones*

de Agencias de Viajes (FEAAV), por la comisión de tres infracciones en materia de competencia. En relación con las agencias de viaje sancionadas, quedó acreditado que estas habían constituido una asociación denominada *Cúpula Asociativa de Agencias de Viaje Españolas*, a la que atribuyeron competencias para representarlas en sus relaciones con las Administraciones públicas y con los grandes proveedores de servicios, lo que permitió que se llegara a un acuerdo colectivo con estos últimos sobre cargos por emisión de billetes. *FEAAV* impugna la sanción que se le impone alegando, entre otras cuestiones, que esta vulnera su derecho fundamental de asociación. No obstante, la **STS de 8 de marzo de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 3227/2009), rechaza dicha alegación pues «el derecho de asociación no da cobertura a conductas restrictivas de la competencia (...) ni en aquellos supuestos en que la persona jurídica responsable sea una organización empresarial, en la medida en que su actuación desborde el marco de defensa de los intereses económicos que le son propios y sea lesiva de los principios consustanciales a la economía de mercado». Asimismo, la sentencia aclara que lo que se sanciona no es «la creación de la *Cúpula Asociativa de Agencias de Viajes Españolas (CAAVE)*, amparada por el artículo 22 de la Constitución, sino la conducta de las agencias de viajes miembros de dicha Asociación, que (...) establecen un pacto de transferencia a la Asociación de facultades decisorias que corresponde adoptar a los asociados individualmente susceptibles de generar comportamientos contrarios al Derecho de la Competencia, singularmente, cuando sirve para promover y facultar la negociación colectiva de los cargos por emisión de billetes de transporte aéreo, que se ha revelado ilícita». En los mismos términos, y en respuesta a un recurso planteado por otra de las asociaciones sancionadas, se pronuncia la **STS de 8 de marzo de 2012,** Sección Tercera (recurso de casación núm. 1589/2009).

B) Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, la libertad de expresión

La entidad mercantil *Cooperación Internacional de Tecnologías Avanzadas, S.L.*, especializada en servicios técnicos forenses, publicó en su página web dos vídeos en los que podía verse a dos catedráticos de la Universidad Politécnica de Madrid actuando en calidad de peritos en procedimientos judiciales, además de una foto de uno de dichos profesores y del Rector de la citada Universidad. Al haberse publicado todo ello sin autorización de las personas afectadas, y tras la denuncia oportuna, la Agencia Española de Protección de Datos sancionó a la empresa mercantil por la comisión de una infracción tipificada como grave por la LOPD. La **SAN de 11 de abril de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 410/2010) anula la sanción al entender que la entidad sancionada ejercía con dicha conducta el derecho fundamental a la libertad de expresión. La sentencia considera, por un lado, que el ejercicio de esta libertad «debe quedar amparado también cuando se utilizan otros medios de comunicación que la sociedad actual proporciona (páginas web, diarios *on line*), pues también por estos medios se ejercitan estos derechos individuales y se contribuye de forma decisiva a la creación de una sociedad plural y mejor informada». Por otra parte, considera que «el recurrente ejercía (...) su derecho a informar sobre una actividad que consideraba ilícita cometida por funcionarios públicos. La información proporcionada era veraz (o al menos no podía considerarse gratuita o notoriamente infundada), estaba documentada y tenía interés general y rele-

vancia pública, afectando a personas que en su condición de funcionarios públicos y con cargos importantes en la Universidad tiene una clara proyección pública atendiendo al puesto que ocupaban y al servicio que prestaban. (...) Es por ello que la utilización de los datos de los denunciantes, estaba amparada por el ejercicio de la libertad de expresión e información del recurrente y la falta de consentimiento de los afectados está justificada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LOPD, sin que por ello puede entenderse que su conducta constituya infracción administrativa alguna en materia de protección de datos».

6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Error de prohibición que excluye la culpa

La entidad *Tiscalva, S.L.*, arrendó unos terrenos con el fin de cultivarlos, encargándose el propietario y arrendador de garantizarle el suministro de agua necesario para ello, para lo cual este último contaba con la correspondiente autorización del organismo de cuenca. Con posterioridad, la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir redujo el volumen de agua que podía ser derivado para regadío por parte del propietario de los terrenos, lo que dio lugar a que la arrendataria *Tiscalva, S.L.*, a quien no le fue comunicada dicha reducción, utilizase una cantidad de agua superior a la permitida. A raíz de tales hechos, la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir inicia expediente sancionador contra *Tiscalva, S.L.*, y contra el arrendador de los terrenos que concluye con la imposición a ambos de una sanción de multa y de la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico. Sin embargo, la **STS de 28 de febrero de 2012**, Sección Quinta (recurso de casación núm. 495/2008), anula la sanción y la obligación de indemnizar impuestas a *Tiscalva, S.L.*, razonando, entre otros motivos, que «es lógico que al arrendatario de una porción de la finca le sea exigible conocer las condiciones de la concesión hecha al propietario, pero si las condiciones de la misma varían, como sucedió en este caso (...) es exigible que, para que la conducta del arrendatario sea sancionable al excederse del límite establecido por el referido acuerdo de la Comisión de Desembalse, haya sido conocedor del mismo, pero de la prueba practicada y de la propia resolución impugnada se deduce que la entidad *Tiscalva, S.L.* desconocía esa limitación impuesta por la Comisión de Desembalse, de la que no tuvo noticia hasta que el procedimiento se dirigió contra ella (...) motivo por el que no puede ser considerado culpable». A la misma conclusión arriba en relación con un supuesto de hecho muy similar, aunque sin contener una referencia explícita a la ausencia de culpabilidad, la **STS de 21 de febrero de 2012**, Sección Quinta (recurso de casación núm. 475/2008).

B) El cambio retroactivo en la interpretación de una norma vulnera el principio de confianza legítima y excluye la existencia de culpabilidad

La entidad *Arvato Services Iberia, S.L.*, fue sancionada por la Agencia Española de Protección de Datos por la comisión de una infracción grave y otra muy grave al entender que realizó actuaciones de tratamiento de datos personales sin contar con el consentimiento

de sus titulares. En el momento en que se produjeron los hechos, sin embargo, la Agencia Española de Protección de Datos entendía, y había declarado expresamente en el seno de otros expedientes sancionadores, que la actuación de *Arvato* era conforme a Derecho. En consecuencia, y confirmando la sentencia de instancia, la **STS de 27 de febrero de 2012**, Sección Sexta (recurso de casación núm. 747/2009), considera que «habiéndose dictado las resoluciones de los procedimientos sancionadores en relación con *Arvato* o empresas de su mismo grupo (...) se pudo inducir a error a la recurrente que pudo razonablemente considerar que su conducta era legal y que actuaba amparada por el cumplimiento de las exigencias de la Ley Orgánica de Protección de Datos». Esto es, a juicio de la sentencia «no es posible que la Agencia en la resolución que ahora es objeto de recurso contencioso administrativo (...) considere cometida una infracción cuando la misma conducta había sido considerada impune en resoluciones anteriores, entendiendo que en materia sancionadora los nuevos criterios, por muy razonables que estos sean, ya estén contenidos en una norma o deriven de una decisión de la Administración interpretando las normas, han de desplegar sus efectos hacia el futuro pero nunca proyectarse hacia actuaciones pasadas que se acomodaran a los criterios entonces existentes, así como que la relación de los administrados con la Administración debe sustentarse en un principio de confianza legitima, confianza que solo puede generarse cuando se tiene previsibilidad y seguridad en la actuación de la Administración». De este modo, aun confirmando la tipicidad de la conducta de conformidad con la nueva interpretación, «al concurrir una grave infracción de las exigencias derivadas del principio de culpabilidad, procede, por infracción del principio de culpabilidad», la anulación de la resolución impugnada.

C) Exclusión por confianza legítima

Inversiones y Promociones Ducoy, S.L. adquiere un helicóptero, operación sujeta al Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte (IEDMT). La citada entidad mercantil se acoge, sin embargo, a la exención prevista en la Ley de Impuestos Especiales para aeronaves cuyo peso máximo al despegue no exceda de 1.550 kilogramos, al contar con un certificado de la Dirección General de Aviación Civil, que luego se declaró erróneo, en el que se declaraba que el peso máximo al despegue del aparato adquirido no superaba dicho peso. No obstante, el modelo de helicóptero en cuestión tenía, en realidad, un peso máximo al despegue de 1.750 kilogramos, razón por la cual la Administración tributaria sanciona a *Inversiones y Promociones Ducoy, S.L.* por una infracción grave consistente en dejar de ingresar dentro del plazo establecido la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo. La **STSJ de Andalucía de 19 de abril de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 494/2011) anula, sin embargo, la sanción por cuanto «no queda acreditada (...) la culpabilidad en la actuación de la recurrente, o la falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. Por el contrario, esta viene justificada y amparada en un certificado oficial (con posterioridad demostrado erróneo) emitido por órgano competente en relación con el peso máximo al despegue de la aeronave que adquirió, cuya cifra comportaba la no sujeción al Impuesto de la matriculación de esa aeronave».

D) Error sobre un supuesto fáctico de una causa de justificación, que atenúa la culpabilidad

Doña Eva acudió a *Estudio Fotográfico Usero* con la finalidad de que le hicieran a su hijo Daniel, de dos años de edad, una serie de fotografías. Con posterioridad, el estudio fotográfico expuso en el escaparate del establecimiento las citadas fotografías sin consentimiento de Doña Eva, permaneciendo una de ellas, de gran tamaño, durante varios meses expuesta al público y al lado de la puerta de entrada. Denunciados los hechos por Doña Eva, y tras el oportuno expediente sancionador, la Agencia de Protección de Datos impuso a *Estudio Fotográfico Usero* una sanción por tratamiento de datos personales sin el consentimiento de su titular. El establecimiento fotográfico recurrió la sanción alegando, entre otros motivos, el ejercicio de su derecho de autor o de propiedad intelectual sobre las obras fotograficas en cuestión. La **SAN de 18 de mayo de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 210/2011) niega que el derecho de propiedad intelectual incluya la facultad de exponer al público imágenes sin el consentimiento de su titular, pero otorga relevancia al hecho de que el sancionado obrara en esa creencia para atenuar su culpabilidad y reducir la sanción finalmente aplicable. De este modo, la sentencia confirma la resolución administrativa por cuanto «apreció una cualificada disminución de la culpabilidad que determinó que la infracción grave fuera sancionada con el baremo de las leves y en tercio inferior al considerar que el imputado había actuado en la creencia de hallarse amparado por el derecho a la propiedad intelectual».

7. SUJETOS RESPONSABLES

A) Responsabilidad directa del administrador de una sociedad por incumplimiento de sus propias obligaciones

El Ministerio de Economía y Hacienda impuso diversas sanciones pecuniarias y de suspensión temporal del cargo de administrador al Jefe de Tesorería de las sociedades aseguradoras *Cahispa, SA, seguros de vida* y *Cahispa, S.A. de Seguros Generales*, por la comisión de diversas infracciones en materia de seguros; entre otras, por la «excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto». El sancionado no discute la correcta tipificación de los hechos ni su participación en los mismos, pero considera que se ha vulnerado el principio de personalidad porque su actuación fue realizada en representación de las indicadas sociedades, tal y como se deduciría de las diligencias de los inspectores, en las que firmó expresamente «Por la entidad». La **STS de 27 de marzo de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 4087/2011), rechaza esta argumentación al entender que «la responsabilidad no deriva de la firma del acta sino del ulterior incumplimiento del deber de aportar a la inspección el documento contable requerido, documento que, en tanto que cargo directivo, podía facilitar. No consta que hubiera obstáculo para ello ni el recurrente ha llegado a afirmar que le fuese imposible cumplir el requerimiento. De hecho (...) lo atendió pero de manera irregular pues en vez de entregar el documento contable solicitado entregó otro diferente que no se correspondía con las cuentas formuladas por el Consejo de Administración». En los mismos términos, y referida a otro sujeto participante en los mismos hechos, se pronuncia la **STS de 26 de marzo de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 2650/2011).

8. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

A) La vulneración del *non bis in idem* material exige la identidad de hechos de los dos castigos impuestos

En relación con el mismo supuesto expuesto en el epígrafe V.A) de sanción a varias líneas aéreas y diversas asociaciones de agencias de viajes por conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia, la *Asociación Empresarial de Agencias de Viaje Españolas* denuncia la posible vulneración del principio *non bis in idem* al entender que dos de las infracciones por las que se le sancionan, consistentes en integrarse en una Asociación empresarial a quien se transfieren decisiones colectivas relativas a las relaciones con los grandes proveedores de servicios y en adoptar un acuerdo de fijación de los cargos por emisión de billetes de compañías aéreas, serían el resultado, en realidad, de unos mismos hechos. La **STS de 8 de marzo de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 1589/2009), sin embargo, rechaza la vulneración del alegado principio, al considerar que ambas infracciones «tienen evidente autonomía, desde la perspectiva de concurrencia del elemento de tipicidad y del elemento de culpabilidad, de modo que no resulta arbitrario que no puedan subsumirse en una única infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia».

B) La incoación de un segundo procedimiento para sancionar la misma infracción que se persiguió en el primer procedimiento caducado no lesiona el *non bis in idem* procesal

El Servicio de Defensa de la Competencia inició un procedimiento sancionador por prácticas restrictivas de la competencia contra la *Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado (AFCO)*; no obstante, debido a la superación del plazo máximo de duración del procedimiento, fue declarado caducado por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Tras ello, se inició un nuevo procedimiento por los mismos hechos y sobre las mismas actuaciones previas que sí terminó con la imposición de una sanción. A juicio de la sancionada *AFCO*, esta segunda sanción habría vulnerado el principio *non bis in idem* en su vertiente formal o procedimental, en tanto que la apertura del segundo procedimiento sancionador implicaría una violación de la prohibición de duplicidad de procedimientos sancionadores en los que concurra la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. La **STS de 1 de marzo de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 1298/2009), rechaza esta impugnación, «pues resulta evidente que la *Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado* solo ha sido sancionada una vez» y porque, de conformidad con jurisprudencia anterior (STS de 24 de septiembre de 2001), del art. 92.4 LRJPAC «no se desprende que la aplicación del instituto de caducidad en un expediente sancionador impida la incoación de un nuevo procedimiento, en cuanto no haya prescrito la infracción, sin que la circunstancia de que el mismo expediente se funde en los mismos documentos que determinaron la incoación del expediente caducado suponga una violación de los principios que rigen la tramitación de los procedimientos sancionadores».

9. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) No concurre causa de abstención en el instructor del expediente por pertenecer al órgano colegiado que acordó las actuaciones inspectoras de las que luego se derivó aquel

La Junta Directiva del Colegio Notarial de Barcelona acordó realizar ciertas inspecciones en una Notaría y, posteriormente, remitir los resultados de dichas inspecciones a la Dirección General de los Registros y del Notariado. A la vista de tales resultados, esa Dirección General acordó la incoación de un expediente disciplinario contra el titular de la Notaría inspeccionada, nombrando instructor a uno de los miembros de la Junta Directiva. Frente a la alegación, por parte del Notario finalmente sancionado, de la posible vulneración del principio de abstención, la **STS de 28 de febrero de 2012**, Sección Sexta (recurso de casación núm. 2690/2009), entiende que «la doctrina de la imparcialidad, de origen jurisprudencial, está pensada para los jueces y tribunales —no necesariamente para los órganos administrativos— y, sobre todo, tiene por finalidad evitar que quien juzga haya estado en contacto con la causa. Aquí, por el contrario, la pretendida contaminación no afecta al órgano administrativo que impone la sanción, que es la Dirección General de los Registros y del Notariado», lo que permite rechazar este motivo de impugnación.

B) Vulneración del derecho de defensa por falta de notificación de la propuesta de resolución que contenía un hecho nuevo y determinante de la sanción

Don Ramiro fue detenido en la estación de metro de Cuatro Caminos (Madrid) por una posible infracción del art. 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 21 de junio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. En concreto, por carecer de documentación que acredite su estancia regular en nuestro país. Ese mismo día se le notificó el acuerdo de incoación de un procedimiento sancionador de expulsión en el que solo se hacía constar como hecho relevante la circunstancia de la detención por carecer de documentación. Sin embargo, en la propuesta de resolución constaba como circunstancia relevante que «con anterioridad ha sido detenido en una ocasión por presunto delito de malos tratos físicos en ámbito familiar, instruyéndose el atestado penal policial correspondiente que fue remitido a la Autoridad judicial competente», y dicha propuesta no le fue notificada ni al demandante ni a su abogado. En virtud de su permanencia irregular en España y de su detención por ese delito se acordó la sanción de expulsión y prohibición de entrada por un periodo de cinco años. Alega en amparo que en el procedimiento administrativo sancionador se ha vulnerado su derecho a la defensa, pues no se le notificó la propuesta de resolución en la que se contenía un nuevo dato relevante y determinante para la posterior decisión de sustitución de la sanción de multa por la de expulsión como era la existencia de un antecedente penal. Y así lo declara la **STC 169/2012, de 1 de octubre** (recurso de amparo, Sala Segunda), que anula la sanción impuesta.

C) El boletín de denuncia debe contener exactamente los hechos por los que se imputa al sancionado

A Doña Celsa se le impone una sanción de multa con pérdida de tres puntos por «conducir utilizando telefonía móvil». Doña Celsa impugna la sanción alegando que en el boletín de denuncia tan solo se dice «art. 24 Ord. Mov», a pesar de que dicho precepto contiene ocho apartados. La **STSJ de Madrid de 7 de junio de 2012** (recurso de apelación núm. 317/2011) anula la sanción al estimar que, «en efecto, en el boletín de denuncia extendido por el agente de la autoridad no consta fehacientemente si la infracción presuntamente cometida consistía en "conducir utilizando dispositivo de telefonía móvil" (...) lo cual constituye una indeterminación proscrita del derecho sancionador porque impide o limita los medios de defensa».

D) Notificación edictal que causa indefensión

La Administración tributaria incoa un procedimiento sancionador en materia de IRPF contra Doña Alicia. Se le intenta notificar la propuesta de resolución con apertura de un plazo de 15 días para alegaciones por carta con acuse de recibo por dos veces, siendo remitidas al supuesto domicilio fiscal de la recurrente. Ambas cartas fueron devueltas por el servicio de correos con la indicación de «Ausente Reparto», siendo despachada la notificación mediante citación de comparecencia publicada en el BOP. El expediente sancionador concluyó sin que la interesada presentase alegaciones, con resolución por la que se le declaraba responsable de dos infracciones tributarias. Tanto esta resolución como la posterior providencia de apremio le son notificadas en un domicilio distinto, en concreto en el señalado con anterioridad por ella misma a efectos de notificaciones en expedientes relativos a otros ejercicios. La **STSJ de Castilla y León de 13 de julio de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 167/2011) anula las sanciones por entender que la notificación edictal ha causado indefensión al practicarse sin que se hayan cumplido los requisitos legalmente exigidos, pues, «de acuerdo con el Tribunal Constitucional la notificación por edictos tiene un carácter supletorio y excepcional, debiendo ser considerada como remedio último, siendo únicamente compatible con el artículo 24 de la Constitución, si existe la certeza o, al menos, la convicción razonable de la imposibilidad de localizar al demandado (...), señalando, asimismo, que cuando los demandados están suficientemente identificados su derecho a la defensa no puede condicionarse al cumplimiento de la carga de leer a diario los Boletines Oficiales». En consecuencia, y en la medida en que «a la Dependencia de Gestión Tributaria le constaba otro domicilio designado por la recurrente a efectos de notificaciones (...) hay que concluir que los intentos de notificación practicados no pueden reputarse correctos para que resulte justificada la notificación edictal de la liquidación».

10. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) El reconocimiento de un error de hecho por parte del sancionado equivale al reconocimiento de la negligencia necesaria para estimar la existencia de culpabilidad en su actuación

La entidad *National Westminster Bank, PLC*, fue sancionada por la comisión de una infracción tributaria en relación con el Impuesto de Sociedades. Los hechos consistieron en la

consignación errónea en el ejercicio de 1993 de bases imponibles negativas que podían ser objeto de compensación contra eventuales beneficios futuros, lo que se hizo en los ejercicio siguientes. La entidad sancionada impugna la sanción argumentando, entre otros razonamientos, la ausencia de culpabilidad en su conducta, dado que de los hechos se deduciría claramente la existencia de un error material, manifiesto y flagrante, del que en ningún momento se habría aprovechado. La **STS de 8 de marzo de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 4925/2008), rechaza este razonamiento, al considerar que la existencia de un error en la actuación de la entidad sancionada «no significa que dicha actuación no sea sancionable, ya que el interesado incurrió, al menos, en "negligencia simple"». Antes al contrario, remitiéndose a la STS de 4 de marzo de 2004, la Sala entiende que «el reconocimiento de un error por parte de una entidad puede suponer incurrir en [la] simple negligencia que fundamenta la sanción».

B) Prueba indiciaria: aceptación y requisitos

Un Notario fue sancionado con dos años de suspensión de funciones como autor de la infracción muy grave consistente en la autorización de instrumentos notariales sin estar físicamente presente. El sancionado impugna esta sanción argumentando, entre otras cuestiones, que en el expediente no hubo ninguna prueba directa de su falta de presencia, apoyándose la resolución sancionadora en una mera prueba indiciaria. No obstante, la **STS de 28 de febrero de 2012**, Sección Sexta (recurso de casación núm. 2690/2009), recuerda que «la prueba indirecta o indiciaria está perfectamente admitida en el ordenamiento español, incluso en materia penal. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo exigible es que los hechos que sirven de base o premisa hayan sido inequívocamente probados de manera directa, que las inferencias hechas a partir de ellos se ajusten a las reglas de la lógica, y que el juzgador motive adecuadamente su razonamiento». En el supuesto enjuiciado, «resulta acreditado (...) que en el año 2003 se autorizaron más de cien escrituras y actas diarias en 22 ocasiones, y en el año 2004 en 16 días se produjo igual acumulación de instrumentos (más de cien escrituras y actas diarias). Teniendo en cuenta que el tiempo empleado para autorizar una compraventa, hipoteca y aval, según un notario experimentado, es de 35 minutos por acto, tiempo al que hay que sumar el empleado para desplazarse, se infiere claramente la imposibilidad de autorizar, cumpliendo las obligaciones reglamentarias, las escrituras, actas y pólizas que rebasan entre todas el centenar diario, y, en ocasiones, acercándose a las doscientas». De este modo, la sentencia alcanza la conclusión de que «se han cumplido, en consecuencia, los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional respecto de la prueba indiciaria, es decir se parte de unos hechos probados, como son el número de documentos, la ubicación de los lugares y los horarios, y de ellos, mediante un enlace racional y lógico, se llega a la conclusión de la absoluta imposibilidad de cumplir los requisitos legales determinados por la legislación notarial, entre otros el de la lectura del documento, su explicación, sus advertencias y otras obligaciones impuestas a la función pública notarial».

Mucho más restrictiva se muestra la **SAN de 10 de mayo de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 256/2008), que considera la prueba indiciaria «no es suficiente, por sí sola, para identificarse con el hecho probado que la Ley penal o sancionadora exige como presupuesto fáctico de la infracción porque, si así fuera, quedaría desvirtuada la

constitucional presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución), que exige una prueba plena de los hechos que la *praesumptio homini* no puede garantizar».

C) Prueba obtenida con lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. La sanción impuesta en virtud de prueba ilícita implica la vulneración de la presunción de inocencia

A un interno en el centro penitenciario Puerto I de El Puerto de santa María (Cádiz) se le impuso una sanción de tres días de privación de paseos y actos recreativos comunes por falta grave del art. 109.h) del Reglamento Penitenciario. En concreto, por proferir ciertos insultos y calumnias contra el director de Puerto I, el Ministro del Interior, el Presidente del Gobierno y la Casa Real en un escrito de queja que dirigió al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 4 de Andalucía y que fue interceptado por los funcionarios del Centro. En dicho escrito, se quejaba de que el director y el subdirector médico daban a los presos desde hacía dos años natillas, yogures y postres caducados. En concreto, de que «el Director de aquí tiene una mafia y trapicheo con los presupuestos (...)», «es un torturador, represor, verdugo y envenenador, dándonos fruta podrida y yogures caducados para intoxicarnos (...)», «es un psicópata enfermo y acosador (...) y me hace sospechar que planea asesinarme (...)», «es toda una mafia (GAL) de Rubalcaba y Zapatero financiado por la Casa Real». Alega en amparo la lesión de su derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Al respecto, la **STC 107/2012, de 21 de mayo** (recurso de amparo, Sala Segunda), recuerda que el art. 49.2 del Reglamento Penitenciario prohíbe expresamente cualquier restricción de las comunicaciones de los internos con las autoridades judiciales, que no podrán ser suspendidas ni ser objeto de intervención o restricción administrativa de ningún tipo. Y, según lo declarado en la STC 15/2011, afirma que la intervención realizada se encuentra constitucionalmente proscrita y vulnera el art. 18.3 CE. Y ello con independencia de que el escrito se entregue para su curso en sobre abierto o cerrado o sin introducirlo en sobre alguno, pues en cualquier caso su destinatario es el juez. La sentencia recuerda que «entre las garantías aplicables *ex* art. 24.2 CE a los procedimientos sancionadores en el ámbito penitenciario se encuentra la prohibición de utilizar y valorar pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental (...). En consecuencia, hemos de declarar que con tal actuación la Administración penitenciaria vulneró no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, sino también su derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, en la medida en que la única prueba que sirvió de base al acuerdo sancionador fue la obtenida violando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones». Se otorga el amparo y se anula la sanción impuesta.

Un supuesto en esencia idéntico al anterior es el que analiza la **STC 230/2012, de 10 de diciembre** (Sala Primera, recurso de amparo), con el mismo resultado de otorgamiento de amparo y anulación de la sanción impuesta.

D) Posible vulneración de la presunción de inocencia como regla de tratamiento fuera del procedimiento administrativo sancionador

El Parlamento vasco interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000,

de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Entre ellos, recurrió el apartado 4 de la disposición adicional cuarta, sobre inadmisión a trámite de solicitudes de autorización de residencia y de trabajo, que establece: «La autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en esta Ley, en los siguientes supuestos: (...) 4. Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa». El recurrente entiende que el inciso inicial de ese apartado núm. 4 infringe la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador. Según la **STC 17/2013, de 31 de enero** (recurso de inconstitucionalidad, Pleno), «tampoco es posible apreciar la alegada vulneración de la presunción de inocencia que se predica del inciso inicial de este apartado 4, pues el cuestionado inciso viene a establecer, de forma quizás poco afortunada desde el punto de vista de la técnica utilizada, la preferencia del procedimiento administrativo sancionador ya iniciado frente al otro que pretende comenzarse (...). De esta forma, no se vulnera la presunción de inocencia dado que no nos encontramos en un ámbito sancionador y la inadmisión a trámite de la solicitud nada prejuzga respecto a la eventual resolución que se adopte en el procedimiento administrativo sancionador. Igualmente, concluso dicho procedimiento sancionador sin haberse impuesto la sanción consistente en la expulsión, nada impide al interesado reiterar su solicitud».

11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) La ampliación del plazo del trámite de audiencia a petición del interesado no paraliza el transcurso del plazo máximo para resolver

La Agencia de Protección de Datos impuso a la empresa *Círculo de Lectores* una sanción por la comisión de una infracción grave en materia de protección de datos personales. *Círculo de Lectores* recurrió la sanción alegando la caducidad del procedimiento. Frente a ello, la Agencia de Protección de Datos opuso la paralización del procedimiento durante siete días, tiempo por el que fue ampliado el plazo del trámite de audiencia a petición del interesado. La **SAN de 12 de abril de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 189/2010) aprecia la caducidad del procedimiento y anula la sanción, al entender que la Administración puede acordar la ampliación de los plazos que no exceda de la mitad de los mismos (art. 49.1 LRJPAC), «mas sin que dicha facultad ampliatoria, a juicio de la sala, pueda ser equiparada a los supuestos de interrupción o suspensión del plazo máximo para resolver un procedimiento y notificar la resolución». Del mismo, rechaza la aplicación del art. 44.2 LJRPAC, pues «el precepto se refiere a paralización del procedimiento por causa imputable al interesado (...) Pero en el supuesto de autos, en cambio, ha sido la propia Administración la que voluntariamente, y tras examinar la petición del interesado, ha ampliado en unos días el plazo inicialmente concedido al mismo para alegaciones, por lo que es dicha Administración, y no tal particular, quien debe asumir las consecuencias de dicha ampliación a efectos del cómputo del plazo de caducidad».

B) Caducidad por falta de motivación de la ampliación del plazo máximo para resolver y notificar

La Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Cartagena impone a Don Isidoro una sanción urbanística por construir sin licencia una vivienda en parcela de su propiedad. Alegada la caducidad del procedimiento, la **STSJ de Murcia de 15 de junio de 2012** (recurso de apelación núm. 376/2011) la estima por falta de motivación del acuerdo de ampliación del plazo, por cuanto «no se justifica en modo alguno la ampliación del plazo, que se hace por tres meses para la notificación del acuerdo de resolución, estando totalmente inmotivado dicho acuerdo pues no se hace ninguna referencia a las actuaciones o circunstancias que lo determinan. Y tampoco consta su necesidad, pues con posterioridad a la ampliación del plazo únicamente se elevó propuesta de resolución con traslado al interesado, quien formuló alegaciones y recurso de reposición contra la declaración de imposibilidad de legalización».

En sentido contrario, la **SAN de 20 de julio de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 799/2009) aprecia que la ampliación decidida por el órgano instructor en el supuesto enjuiciado, relativa a diversas sanciones impuestas en materia de pesca, estaba justificada y fue suficiente para evitar la caducidad del expediente.

12. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) Los hechos constatados en un expediente caducado no pueden servir para apreciar la agravante de reincidencia

El Ministerio de Economía y Hacienda sanciona a *Euromercat Escudero, S.L.*, por vender tabaco de forma manual y a precio de expendeduría en el bar regentado por esa entidad mercantil. De las dos sanciones posibles previstas por la norma aplicable, la Administración opta por la más grave, es decir, por la revocación de las autorizaciones para la venta de tabaco con recargo a través de máquinas expendedoras, y no por la multa, en principio menos gravosa para el particular. La Administración justifica su elección en la reincidencia del sujeto sancionado, ya que contra él se había seguido anteriormente un procedimiento sancionador por los mismos o semejantes hechos, aunque dicho procedimiento había caducado por transcurso del plazo máximo establecido por la Ley para su tramitación. La **STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 156/2009) señala que «si se sobreseyó el procedimiento, no puede utilizarse tal resolución para apreciar una reincidencia que requiere que exista una sanción previa al mismo titular y por el mismo o similar hecho (...) y al ser claramente de mayor gravedad la revocación que la multa, es preciso acudir a la sanción de multa, que se impone en grado máximo, puesto que se tiene en cuenta la intencionalidad, y reiteración, así como los perjuicios ocasionados y beneficios obtenidos».

13. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) Prescripción de las infracciones continuadas, permanentes y de estado

La **STS de 16 de marzo de 2012**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo núm. 103/2009), considera que la infracción consistente en el alumbramiento de aguas sin

autorización «tiene un carácter continuado, sin que desde luego ninguna relevancia tenga, a los efectos de la extinción de la responsabilidad administrativa [por prescripción de la infracción], que la recurrente alegue la fecha de construcción de las obras del pozo» a efectos de que comience a correr el plazo de prescripción.

B) Prescripción de las infracciones permanentes e instantáneas

La Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid sanciona a D. Celso por cambio de uso de suelo forestal a agrícola mediante roturación con arranque de flora forestal, y le obliga a restituir los terrenos forestales a su estado original. Los hechos tuvieron lugar en 2005 y el expediente sancionador no fue incoado hasta 2008. D. Celso recurrió la resolución sancionadora por entender que la infracción había prescrito al haber transcurrido con creces el plazo de prescripción de un año fijado por la ley para esa clase de infracciones. La Administración negaba que se hubiera producido la infracción al tratarse de una infracción permanente, cuyo plazo de prescripción no comenzaría a transcurrir hasta que el cambio de uso del suelo no fuera revertido por obra del propio infractor. La **STSJ de Madrid de 26 de abril de 2012** (recurso de apelación núm. 144/2012) confirma la anulación de la sanción realizada por el juzgador de instancia, al compartir con este que no se trata de una infracción permanente sino instantánea, habiéndose producido la prescripción al año de la realización de los hechos, pues «el hecho de arar o dedicar al cultivo agrícola una pequeña parte de la finca (...) es un hecho que se consuma en el instante en que se produce, hecho cuyo efectos se extienden en el tiempo, pero que no podemos calificar la acción de permanente en el tiempo (...) No es lo mismo una actividad delictiva "continuada" o un "delito permanente" que un delito "instantáneo cuyos efectos perduran en el tiempo". Numerosos delitos o infracciones provocan una situación antijurídica que se prolonga indefinidamente en el tiempo, la cual es reversible por la voluntad del infractor, sin que por ello se entienda que la infracción se vuelve a cometer o se sigue cometiendo.

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Alcance del control de los vicios formales del procedimiento administrativo sancionador

En el caso enjuiciado por la **STC 169/2012, de 1 de octubre** (recurso de amparo, Sala Segunda), del que dimos cuenta anteriormente, en el que se anuló la sanción de expulsión impuesta a un extranjero por no haberle notificado la propuesta de resolución en el procedimiento administrativo sancionador en la que se contenía un hecho nuevo y determinante de que la sanción finalmente impuesta fuera la expulsión y no la multa, la Sala Segunda se pronuncia también sobre el alcance del amparo otorgado. En especial, explica la Sala, frente a la pretensión del Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal de que, además de anular la sanción, acordara la retroacción de las actuaciones para que fuera notificada la propuesta de resolución al demandante, que, más allá de algún precedente aislado, «es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que en los supuestos de vulneración de las garantías procesales

en los procedimientos administrativos sancionadores no haya un especial pronunciamiento sobre la retroacción de actuaciones» (SSTC 128/2008 y 59/2011).

Además de eso, la sentencia vuelve a recordar su doctrina de que «producida la vulneración del derecho de defensa en el procedimiento administrativo sancionador, el hecho de que el demandante de amparo disfrutara posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar lo que consideró oportuno no subsana la vulneración del derecho a la defensa, toda vez que el titular de la potestad sancionadora, quien debe ejercerla a través de un procedimiento respetuoso con las garantías constitucionales, es la Administración pública, siendo el único objeto del proceso contencioso-administrativo la revisión del acto administrativo sancionador» (STC 145/2011).

B) Indemnización por sanción disciplinaria anulada

A D. Bienvenido se le impuso la sanción disciplinaria de suspensión de funciones de tres meses con pérdida de las retribuciones correspondientes. Anulada la sanción en vía judicial por haberse producido la caducidad del expediente, la **STSJ de Cataluña de 8 de mayo de 2012** (recurso de apelación 415/2010) condenó además a la Administración sancionadora a indemnizar a D. Bienvenido por los daños y perjuicios infligidos derivados de la ejecución de la sanción disciplinaria finalmente anulada, pues, «anulada la sanción, es evidente que, presupuesta su ejecución, el actor habrá sufrido un daño que no estaba obligado a soportar, un daño antijurídico que ha de ser indemnizado y que, por aplicación del principio de indemnidad, consiste en el derecho a que le sean abonadas las retribuciones dejadas de percibir con ocasión de la ejecución de la sanción, más los intereses devengados desde el momento en que debieron ser abonadas las retribuciones y no lo fueron por causa de la ejecución de la sanción, cantidades que se liquidarán en ejecución de sentencia».

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO M.ª BUENO ARMIJO
MANUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL.
   A) Delimitación de la expropiación forzosa frente a la responsabilidad extracontractual: procedencia de valorar los daños que son consecuencia directa de la actuación expropiatoria como una partida del justiprecio.
3. GARANTÍAS FORMALES DE LA EXPROPIACIÓN.
   A) No cabe apreciar caducidad del procedimiento expropiatorio a los efectos de equiparar esta irregularidad con una vía de hecho; como tampoco cabe reconocer a la demandante un derecho de opción a la indemnización sustitutoria de la devolución de las fincas para el caso de ser imposible la restitución *in natura.*
4. VALORACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO.
   A) Momento al que referir la valoración de los bienes en el procedimiento de tasación conjunta.
   B) Pago del justiprecio a quien no es propietario del bien expropiado: no procede el requerimiento de restitución a quien percibió indebidamente el justiprecio sino el abono del mismo por la Administración expropiante.
5. GARANTÍAS SUSTANCIALES.
   A) Competencia de la Administración expropiante, y no del Jurado de expropiación, para resolver la solicitud de retasación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Para redactar la presente crónica se han tenido en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo producidos desde el periodo cubierto en nuestra anterior crónica, cerrado a finales de junio de 2012, hasta el 1 de octubre de 2012, en el que dicho Tribunal ha dictado casi 200 sentencias sobre la materia expropiatoria, de las que reseñamos aquí la doctrina más relevante.

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) Delimitación de la expropiación forzosa frente a la responsabilidad extracontractual: procedencia de valorar los daños que son consecuencia directa de la actuación expropiatoria como una partida del justiprecio

Como hemos recordado en otras ocasiones desde estas páginas, el Tribunal Supremo ha declarado en innumerables ocasiones (SSTS de 10 de abril de 1997 —rec. núm. 3997/2000—, de 19 de abril de 2001 —rec. núm. 5052/1996—, de 16 de septiembre de 2004 —rec. núm. 3760/2000—, o de 30 de septiembre de 2005 —rec. núm. 2870/2002—, entre otras) que si bien los perjuicios directamente vinculados a la actuación expropiatoria deben ser objeto de valoración en el expediente de justiprecio, aquellos otros que no están vinculados a la actuación expropiatoria deben ser indemnizados, en su caso, por la vía de la responsabilidad extracontractual. No basta, así, que la expropiación sea el motivo u ocasión para la fijación o determinación del daño como partida del justiprecio, sino que es menester que constituya su causa directa; y de no ser así, el derecho a obtener su resarcimiento únicamente podrá encauzarse por la vía procedimental prevista para depurar la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, siempre que concurran los requisitos de fondo y de forma necesarios para que dicha responsabilidad pueda apreciarse. En expresión de la reciente **STS de 4 de julio de 2012** (rec. núm. 3673/2009), que pretende condensar este criterio jurisprudencial en una sola frase, *«si suprimida la actuación expropiatoria desaparece el perjuicio, éste debe ser justipreciado en el expediente expropiatorio»*.

Incide en este orden de problemas la **STS de 26 de julio de 2012** (rec. núm. 6070/2011), que resuelve el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto frente a la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía de 16 de mayo de 2011 (rec. núm. 51/2003). Este pronunciamiento de instancia desestimó la pretensión indemnizatoria del propietario de unos terrenos que, a consecuencia de una actuación expropiatoria, perdió un paso a nivel que unía sus fincas. Al resolver el recurso de casación frente al mismo, el Tribunal Supremo se plantea la relación causal entre el daño y su reclamación a los efectos de dilucidar la vía adecuada para actuarla, si la determinación del justiprecio o el procedimiento de responsabilidad.

El asunto debatido tiene su origen en la expropiación de parte de una finca rústica para la ejecución de un proyecto de ampliación y mejora del trazado de una línea férrea. Tras la ejecución de este, el expropiado solicitó que se le indemnizase por los perjuicios causados como consecuencia de la supresión de un paso elevado y camino que permitía la comunicación entre dos fincas de su propiedad que constituían una sola explotación agrícola, lo que fue rechazado por el Jurado Provincial de Expropiación y por el Tribunal de instancia. El paso a nivel en cuestión sobrevolaba la vía férrea que, con ocasión de su reforma para habilitar la alta velocidad, impide la conservación del citado paso elevado.

En la prueba pericial practicada en instancia quedaron probados los perjuicios derivados de la supresión del paso a nivel, que le imponía al propietario el gravamen de recorrer considerables distancias para poder acceder de una parte a otra de la finca, en el mejor de los casos de 4 km de ida y 4 km de vuelta, cuando el paso permitía hacerlo recorriendo una distancia de 10 metros; lo que multiplicaba el coste de las labores de cultivo.

La cuestión a la que se enfrentaba el TSJ era, por tanto, determinar cuál era el origen de estos perjuicios y si la vía jurídica para reclamar su indemnización era incluir la valoración de estos daños en el justiprecio de los terrenos a expropiar o, por contra, debía hacerse a través de la reclamación de la responsabilidad patrimonial. La Sala de instancia estimó, en este caso, que los perjuicios no derivaban directamente de la expropiación, sino que eran consecuencia de la decisión de la Administración competente para la realización de la obra pública del discurso de la vía del tren y, derivado de ello, la supresión del paso a nivel. Perjuicios patrimoniales que, a juicio del Tribunal *a quo*, debía haber planteado el interesado a través de la reclamación de la responsabilidad patrimonial ante aquella Administración. La Sala apoyó su decisión, complementariamente, en que la supresión del paso a nivel no determinaba la imposibilidad de acceder a las fincas.

El Tribunal Supremo rechaza el razonamiento de la Sala *a quo* y, aplicando la doctrina que anteriormente referíamos, concluye lo siguiente:

> «(…) el justiprecio representa el valor del bien o derecho expropiado. De aquí se sigue que los perjuicios que se hayan podido causar como consecuencia de la ejecución del proyecto que legitima la expropiación no constituyen, en puridad, objeto del justiprecio, sino que habrán de ser indemnizados —siempre que concurran las condiciones para ello— por el cauce de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dicho esto, la jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo, básicamente por razones de economía procesal, que es posible reclamar la inclusión en el justiprecio de las indemnizaciones debidas por perjuicios que, aun siendo distintos de la privación del bien expropiado, sean consecuencia de la expropiación. Para expresarlo con mayor precisión, es criterio jurisprudencial que la indemnización de los perjuicios dimanantes de la expropiación puede ser reclamada, junto con el justiprecio, en el procedimiento expropiatorio y, en su caso, en el recurso contencioso-administrativo sobre ese justiprecio (…). Conviene añadir, para disipar cualquier posible duda, que no asiste la razón la Sala de instancia cuando, a fin de desviarse del mencionado criterio jurisprudencial, afirma que en el presente caso los perjuicios no derivan directamente de la expropiación, sino que son consecuencia de la decisión de la Administración competente para la realización de la obra pública del discurso de la vía del tren y derivado de ello la supresión del paso a nivel. La pérdida del paso a nivel es ciertamente consecuencia del trazado de la línea ferroviaria establecido por la Administración; pero no hay que olvidar que dicho trazado es uno de los elementos esenciales del proyecto que legitima la expropiación —donde se halla la *causa expropiandi*— y es, por tanto, determinante de los bienes afectados por aquélla. En otras palabras, no es lógicamente posible desligar el trazado de la obra pública para cuya ejecución se expropia el terreno de la expropiación misma».

3. GARANTÍAS FORMALES DE LA EXPROPIACIÓN

A) No cabe apreciar caducidad del procedimiento expropiatorio a los efectos de equiparar esta irregularidad con una vía de hecho; como tampoco cabe reconocer a la demandante un derecho de opción a la indemnización sustitutoria de la devolución de las fincas para el caso de ser imposible la restitución *in natura*

La **STS de 25 de septiembre de 2012** (rec. núm. 1153/2009) resuelve el recurso de casación deducido frente a una Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tri-

bunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que estimó el recurso interpuesto contra una Resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Toledo, anulando en consecuencia un procedimiento expropiatorio que tenía por finalidad la ejecución de un tramo de autopista. La sentencia condena a la concesionaria de esta, y beneficiaria de la expropiación, a la restitución de los terrenos expropiados más los daños y perjuicios causados que se acreditasen en la fase de ejecución de la sentencia. Subsidiariamente, y para el caso de que dicha restitución no fuera posible, el TSJ condena a la beneficiaria a que abone la indemnización que se determine en ejecución de sentencia según el valor que tengan los bienes expropiados en el momento en que el Tribunal aprecie la imposibilidad de restitución; todo ello sin perjuicio de que la expropiada pueda optar por el justiprecio fijado por el Jurado más el 25% en concepto de vía de hecho, más los intereses legales desde la fecha de la ocupación.

Para llegar a semejante fallo, el Tribunal de instancia apreció la concurrencia de una vía de hecho expropiatoria a raíz de que la Administración expropiante dejó que caducase el expediente expropiatorio y, pese a ello, ejecutó la expropiación.Y ello porque desde la iniciación del procedimiento hasta la notificación de la resolución de fijación del justiprecio transcurrieron más de dos años como consecuencia de retrasos imputables a la Administración expropiante.

Para apreciar la caducidad, la sentencia de instancia parte de considerar que el procedimiento expropiatorio es un procedimiento susceptible de producir consecuencias desfavorables o de gravamen a los efectos prevenidos por el artículo 44.2 de la LRJPAC, por cuanto dicho procedimiento se inicia de oficio y concluye en la privación de bienes y derechos de los afectados de manera coactiva; y, dado que desde el inicio del expediente transcurrió un tiempo muy superior a los tres meses aplicables en razón del citado precepto de la LRJPAC, entiende que cualquier actuación posterior a la mencionada caducidad incurre en vía de hecho, lo que determina la obligación de restitución de los bienes con indemnización de daños y perjuicios.

El recurso de casación interpuesto por la concesionaria frente a esta sentencia se dirige a cuestionar la existencia de la vía de hecho y el reconocimiento del derecho de opción reconocido a la demandante como indemnización sustitutoria de la devolución de las fincas para el caso de que esta no tuviere lugar por ser imposible la restitución *in natura*.

Respecto de la caducidad apreciada por la Sala a quo, el Tribunal Supremo estima el motivo casacional formulado por entender que tal apreciación

> «… no resulta conforme a derecho ya que el procedimiento en la fase de fijación del justiprecio no constituye en realidad un acto de gravamen para el recurrente, sino que, por el contrario, se intenta a través del mismo dar satisfacción a la indemnización correspondiente a la lesión producida por la expropiación; resulta todo ello de la configuración de la expropiación forzosa como un procedimiento complejo integrado por diferentes actuaciones procedimentales, una de ellas consistente en la fijación del justiprecio que se inicia con la remisión de la hoja de aprecio, o de la propuesta de convenio para fijación del justiprecio, al interesado, que carece de encaje en lo dispuesto en el artículo 44.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
>
> (…) las consecuencias del retraso en la determinación del justiprecio vienen determinadas por la obligación de abono de intereses a que se refiere los artículos 52 y 56 de la Ley de

> Expropiación Forzosa, pero ni permiten entender nacido un acto por silencio positivo, ni posibilitan la declaración de caducidad de una actuación expropiatoria que en el trámite de fijación del justiprecio tiene por objeto exclusivamente satisfacer los intereses del expropiado, siendo las consecuencias del retraso en la fijación del justiprecio no la caducidad con anulación del acuerdo del Jurado, sino la compensación con el abono de intereses».

Y en relación a la concesión subsidiaria de un derecho de opción a la expropiada entre el valor de la cosa expropiada fijado en ejecución de sentencia o el fijado por el jurado incrementado en un 25% en caso de no ser posible la restitución *in natura* del bien expropiado, el Tribunal Supremo sostiene que

> «… conforme a lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción, lo procedente en términos estrictamente jurídicos sería la compensación, de haberse realizado ya la obra sobre el terreno expropiado, del derecho del expropiado a obtener la devolución de la finca de que se ve privado ilegalmente, por una indemnización, referida naturalmente a la fecha en que dicha imposibilidad se aprecie por el Tribunal.
>
> (…)
>
> En definitiva, ha de afirmarse que siguiendo la doctrina de esta Sala precisamente en relación con las consecuencias de la nulidad jurisdiccionalmente acordada de las actuaciones expropiatorias, ello comporta la devolución de las fincas al propietario y si ello no fuera posible, como así parecen estar conformes las partes, dicha devolución habrá de ser sustituida por una indemnización, a fijar en vía de ejecución de sentencia, salvo que, por razones de economía procesal, se mantenga por parte del expropiado la procedencia de conceder el justiprecio fijado por el Jurado, más el 25%; solución esta última que impone enjuiciar dicho justiprecio que la expropiada cuestiona.
>
> (…) efectivamente, ni procede condicionar la indemnización a la imposibilidad de restitución de los bienes a la que se condena a la beneficiaria, dado que las partes están conformes en la imposibilidad de dicha devolución en el proceso de instancia y así resulta de las alegaciones en esta casación formuladas, ni resulta procedente tampoco dejar al arbitrio de la parte la opción por la sustitución de la devolución in natura por una indemnización consistente, bien en el valor de los bienes en el momento en que se aprecie la imposibilidad de devolución o bien en una indemnización consistente en el valor asignado por el Jurado, más el 25% que deberá correr éste a cargo de la Administración expropiante».

4. VALORACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Momento al que referir la valoración de los bienes en el procedimiento de tasación conjunta

En las expropiaciones urbanísticas en las que se sigue el procedimiento de tasación conjunta se prevé —como es sabido— la exposición pública del proyecto (información pública) seguida de la notificación individual a los titulares de bienes y derechos de la correspondiente hoja de aprecio y la propuesta de criterios de valoración en función de los parámetros fijados en el proyecto. La fase inicial de exposición pública se complementa mediante el anuncio de la expropiación en el BOP y la prensa, siendo éste el momento en que se

entiende iniciado el expediente de justiprecio y, por tanto, al que hay que referir la valoración de los bienes, tal y como actualmente establece el artículo 21.2.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

Así lo lleva manteniendo también la jurisprudencia (como testimonian, por ejemplo, las SSTS de 15 de junio de 2000 —rec. núm. 761/1996—, de 14 de abril de 2007 —rec. núm. 9122/2003— o de 8 de julio de 2011 —rec. núm. 4392/2007—), deduciendo dicha consecuencia del artículo 136.a) del Reglamento de Gestión Urbanística. En el periodo analizado en esta crónica se han producido varios pronunciamientos que inciden en este criterio jurisprudencial y que merece la pena reseñar por cuanto inciden en la explicación lógica del citado. Así, las **SSTS de 2 de julio** (rec. núm. 1017/2010), **de 9 de julio** (rec. núm. 2081/2010), **de 23 de julio** (rec. núm. 4404/2010), **de 17 de septiembre** (rec. núm. 4367/2010) y **de 18 de septiembre de 2012** (rec. núm. 4031/2010), tras reiterar las consideraciones de la doctrina precedente, sostienen que referir la valoración en el procedimiento de tasación conjunta al momento de la exposición pública del proyecto *«cumple una función similar, por su contenido, al requerimiento efectuado al expropiado en el expediente de justiprecio individualizado, para que formule la correspondiente hoja de aprecio»*, momento al que la jurisprudencia y el artículo 21.2.b) del TLS consideran —como se ha dicho— la fecha de referencia de valoración de los bienes y derechos expropiados.

B) Pago del justiprecio a quien no es propietario del bien expropiado: no procede el requerimiento de restitución a quien percibió indebidamente el justiprecio sino el abono del mismo por la Administración expropiante

La **STS de 25 de julio de 2012** (rec. núm. 3243/2009) resuelve recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía recaída en el recurso contencioso-administrativo (núm. 1624/2002) interpuesto contra la desestimación presunta por parte de la Demarcación de Carreteras del Ministerio de Fomento de la solicitud de abono del justiprecio de la finca afectada por el proyecto de expropiación de la autovía de la Costa del Sol. La solicitud había sido formulada por una entidad mercantil marbellí que acreditó ser la propietaria registral de los terrenos expropiados y que no había sido parte en el expediente de justiprecio. Dicha entidad solicitaba en vía administrativa la devolución de la cantidad abonada por la expropiación de los terrenos de su propiedad y el ingreso a su favor.

No habiéndose adoptado resolución alguna en relación a dicha petición, la reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud interesando que se declarase su derecho a recibir el justiprecio, más los intereses legales y un 25% en concepto de indemnización por haber ocupado la Administración la mencionada finca sin haberse tramitado el preceptivo procedimiento administrativo establecido a tal efecto.

El Abogado del Estado interesó, por su parte, la inadmisibilidad del recurso de casación, ya que a su juicio la pretensión de recibir el justiprecio correspondiente como verdadero titular de la finca expropiada ya se realizó en el año 1999, sin que contra la desestimación presunta de dicha solicitud se interpusiese en plazo el correspondiente recurso, por lo que el ahora presentado debía considerarse extemporáneo. En cuanto al fondo, alegaba la

demandada, de modo subsidiario, la desestimación del recurso, ya que la Administración se entendió en todo momento con la Comunidad de Propietarios que aparecía como propietaria de la finca expropiada, a quien abonó debidamente el justiprecio. Por lo que, a juicio de la representación procesal de la Administración del Estado, la recurrente debería haber ido contra dicha Comunidad de Propietarios que asumió la condición de expropiada en el expediente de justiprecio.

La Sentencia de instancia acoge el planteamiento de inadmisión sostenido por la Abogacía del Estado e inadmite el recurso por extemporáneo al apreciar que el acto impugnado era la desestimación presunta de la solicitud realizada en el año 2002, que no es más que una reiteración de la realizada con igual motivo en 1999, también desestimada presuntamente.

Frente a dicha Sentencia se formula un recurso de casación basado en un único motivo en el que se denuncia la infracción del artículo 24 de la CE en relación con los artículos 28, 42, 46 y 48 de la LRJPAC, así como la jurisprudencia constitucional y del Tribunal que los interpreta, por entender como inexistentes los actos consentidos cuando son de carácter presunto, así como la posibilidad de reclamar en vía jurisdiccional el 25% del justiprecio, ya que su exigibilidad opera de modo automático en los supuestos de vía de hecho.

El Tribunal Supremo estima dicho motivo recordando, en primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional según la cual el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que tiene por finalidad que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración, de manera que en estos supuestos no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales *«que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver»*; por lo que ante una desestimación presunta el ciudadano *«no puede estar obligado a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, pues ello supondría imponerle un deber de diligencia que no le es exigible a la Administración; concluyéndose, en definitiva, que deducir de este comportamiento pasivo el consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida por la Administración, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable y, menos aún, con arreglo al principio pro actione, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental garantizado por el art. 24.1CE»*. Por consiguiente, el Tribunal Supremo rechaza que pueda fundamentarse la inadmisibilidad del recurso en su extemporaneidad, cualquiera que sea la solicitud administrativa que se quiera tener en cuenta.

Para resolver seguidamente el fondo del asunto, el Tribunal Supremo tiene que dilucidar la cuestión de si la entidad recurrente debía requerir de pago a la Comunidad de Propietarios que fue tenida por expropiada y recibió el justiprecio, a fin de que le restituya el mismo; o si, por el contrario, es la Administración quien debe abonar el justiprecio a la ahora recurrente como consecuencia de no haber abonado el justiprecio a quien aparecía como titular registral de la finca expropiada.

Respecto de esta cuestión, el Abogado del Estado, en su escrito de oposición al recurso de casación, entendía que procedía desestimarla porque la sociedad recurrente no compareció en el expediente de justiprecio pudiendo hacerlo. Frente a este argumento, el Tribunal

Supremo recuerda que el artículo 3 de la LEF dispone que las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación. Y que, salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registro fiscales o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente.

En consecuencia, la Sentencia que comentamos concluye que la Administración

> «… debía entenderse con quien era el titular registral de la finca expropiada y es evidente que la Administración no actuó correctamente, es decir, como establece el art. 3 de la LEF, al no tener como titular del bien expropiado a quien con dicho carácter constaba en los registros públicos y tener como tal a quien compareció como propietario sin cerciorarse de tal cualidad, máxime cuando en el acta previa a la ocupación por el administrador de la comunidad de propietarios no se acreditó la propiedad de la finca expropiada, obviando, de este modo, la obligación de comprobar lo alegado acudiendo al Registro de la Propiedad a los efectos de comprobar la verdadera titularidad del bien expropiado».

Además, consigna la sentencia que no consta que la recurrente apareciese en la relación de los bienes y derechos objeto de expropiación, y menos aún que se le hubiese notificado individualmente el acuerdo de necesidad de ocupación, por lo que su falta de personación en el expediente expropiatorio no puede serle imputada a título de negligencia.

Respecto de la solicitud del abono del justiprecio incrementado en un 25% por haberse producido la expropiación en vía de hecho, que también reclamaba la recurrente, sostiene la sentencia que dado que en el presente caso no es objeto de impugnación la resolución del Jurado fijando el justiprecio, sino la desestimación presunta de la solicitud de que el mismo fue abonado indebidamente, no cabe examinar la procedencia de esta otra pretensión de la recurrente.

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Competencia de la Administración expropiante, y no del Jurado de expropiación, para resolver la solicitud de retasación

La **STS de 23 de julio de 2012** (rec. núm. 3834/2009) resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de mayo de 2009 (rec. núm. 263/2005) que desestimó la pretensión de retasación que el propietario de unos terrenos expropiados había deducido de forma casi simultánea frente al Jurado de Expropiación Forzosa de Cataluña y frente al Ayuntamiento de Barcelona.

Según el relato de hechos de la sentencia de instancia, el recurrente solicitó en diciembre de 2004 al Ayuntamiento de Barcelona la retasación de la finca expropiada, adjuntando hoja de aprecio de esta. La solicitud de retasación fue desestimada por el Ayuntamiento en enero de 2005, mediante Resolución contra la que la propiedad interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-

Administrativo núm. 3 de Barcelona de 22 de enero de 2007, como también fue desestimado el recurso de apelación contra dicha Sentencia por STSJ de Cataluña de 22 de enero de 2009 (rec. núm. 71/2007).

Como se ha apuntado, la particularidad de este caso radica en el hecho de que el propietario persiguió la retasación de sus bienes ante una doble instancia administrativa y de forma prácticamente simultánea. En efecto, en enero de 2005, unos días después de formular su solicitud de retasación al Ayuntamiento de Barcelona, la propiedad presentó idéntica solicitud ante el Jurado de Expropiación de Cataluña que, en febrero de 2005, acordó su archivo. El recurso contencioso-administrativo contra la decisión de archivo fue desestimado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya anteriormente citada, de 6 de mayo de 2009, que constituye el objeto del recurso de casación que comentamos.

Al resolver el recurso de casación, el Tribunal Supremo realiza las siguientes consideraciones:

> «Esta Sala se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre la cuestión relativa a si la competencia para resolver sobre la procedencia de seguir el procedimiento de retasación corresponde a la Administración expropiante o al Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, y el criterio jurisprudencial, que es coincidente con el que mantuvo el Jurat d'Expropiació de Catalunya en su decisión de archivo de la solicitud de retasación, es que los Jurados de Expropiación son órganos de tasación, cuya función es la de decidir el justo precio de los bienes objeto de valoración, y que la decisión sobre si procede o no la retasación corresponde a la Administración expropiante».

Así lo habían resuelto las recientes SSTS de 26 de septiembre de 2011 (rec. núm. 3058/2010) y de 5 de marzo de 2012 (rec. núm. 1208/2010), al resaltar que las funciones de los Jurados de Expropiación, como órganos tasadores, consisten en la valoración de los bienes y derechos, sin que se incluya entre tales funciones la decisión sobre la procedencia de la retasación. Por eso, sigue razonando la sentencia,

> «… no puede compartirse el planteamiento de la parte recurrente, que ante la falta de una previsión específica sobre la posible decisión de denegar la procedencia de la retasación en el procedimiento abierto al respecto con la solicitud de los interesados, entiende que la competencia para ello ha de atribuirse al Jurado de Expropiación, sin tomar en consideración que, a diferencia de la Administración expropiante, tal órgano tiene delimitado el alcance de sus funciones, como ha declarado desde antiguo la Jurisprudencia, que lo define como un órgano tasador, al que no corresponde efectuar otras valoraciones o interpretaciones jurídicas, precisando con insistencia, como dice la Sentencia de 26 de mayo de 1987, que la misión que al Jurado encomienda la LEF en su artículo 34, esencial y específicamente, es la de decidir sobre el justo precio que corresponde a los bienes y derechos objeto de valoración, pero en ningún caso alcanza ni se extiende a la interpretación y definición del derecho.
>
> (…)
>
> Por ello y en contra del planteamiento de la recurrente, cuando se inicia el procedimiento de retasación, que según dispone el art. 74 del Reglamento de la LEF se produce a instancia del expropiado, y aun cuando tal solicitud vaya acompañada de la correspondiente hoja de

> aprecio, la primera decisión que debe adoptar la Administración expropiante, a la cual se dirige la solicitud, es la procedencia o no de la retasación, pues sólo entonces tiene sentido la realización de la nueva valoración pretendida y, por lo tanto continuar con el procedimiento de justiprecio según los trámites previstos en el capítulo III del título II, y es en esta fase de justiprecio donde interviene, en su caso, es decir, cuando exista discrepancia entre las partes, el Jurado de Expropiación como órgano administrativo de resolución de tal discrepancia valorativa. Es claro, pues, que la remisión al procedimiento de fijación del justiprecio y eventual intervención del Jurado de Expropiación, ha de ir precedida de la estimación de la solicitud de retasación formulada, que se dirige a la Administración expropiante y que como tal ha de examinar si concurren los requisitos establecidos al efecto y resolver en consecuencia, como dispone el art. 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

Estos argumentos llevan al Tribunal Supremo a confirmar la decisión de archivo del Jurado y a desestimar el recurso de casación confirmando la sentencia impugnada,

> «… pues la primera de las decisiones a adoptar en la solicitud de retasación deducida por el recurrente no era la de la valoración de la finca expropiada, sino la de la procedencia misma de la retasación, que excede de las funciones del órgano tasador, como se ha expuesto, y corresponde a la Administración expropiante, que además, en este caso concreto, ya se ha pronunciado sobre dicha cuestión, denegando la procedencia de la retasación, decisión que ha sido confirmada en vía jurisdiccional, por sentencias del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Barcelona y de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, anteriormente citadas en esta sentencia».

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.
   A) Responsabilidad sanitaria. *Lex artis ad hoc.*
   B) Responsabilidad sanitaria. Consentimiento informado.
   C) Responsabilidad sanitaria. Obligación de soportar el daño por un profesional de la sanidad que sufre un contagio.
3. DAÑO INDEMNIZABLE.
   A) Falta o retraso en el diagnóstico o en el tratamiento médico.
   B) Pérdida de la oportunidad de acogerse a un supuesto de interrupción voluntaria del embarazo por defecto en las pruebas diagnósticas.
   C) Imposibilidad de ejercer una profesión por denegación de la colegiación, objeto de posterior anulación judicial.
   D) Pérdida de destino por sanción impuesta a un Magistrado, objeto de posterior anulación judicial.
   E) Gastos satisfechos en concepto de honorarios de letrado para la asistencia jurídica en vía administrativa.
   F) Privación ilegal de la patria potestad.
4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR. DESCLASIFICACIÓN POR LEY DE SUELO URBANIZABLE: INDEMNIZABILIDAD DE LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta entrega destaca una vez más el peso abrumador de las sentencias que tienen como supuesto de hecho los daños producidos con ocasión de la asistencia sanitaria, y en los que se plantean complejas cuestiones en torno a la causalidad, el consentimiento informado, el daño indemnizable, etc. Además, se analizan diversos pronunciamientos de interés sobre el daño indemnizable.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Responsabilidad sanitaria. *Lex artis ad hoc*

Se exponen a continuación diversos pronunciamientos en que se ha afirmado la existencia de responsabilidad administrativa por defectuosa praxis médica, ya sea por acción u omisión:

— La **STS de 3 de mayo de 2012, Ar. 6485**, tiene como telón de fondo la demora en la realización de una cesárea que genera daño al feto. Se condena a la Administración a indemnizar, confirmando el pronunciamiento del tribunal de instancia.

— La **STS de 23 de mayo de 2012, Ar. 6981**, enjuicia la responsabilidad por fallecimiento de un recién nacido concurriendo un cambio injustificado de una cesárea programada a un parto vaginal con traslado a una sala de dilatación sin seguimiento, vigilancia, monitorización y auscultación. El Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia, que no había estimado la reclamación por no entender acreditada una infracción de la *lex artis*, al permitir los protocolos médicos estos cambios. Considera que quedó acreditada la situación de abandono en que quedó la parturienta de forma injustificada y concede una indemnización de 200.000 euros, atendido que el bebé falleció a los 55 días del parto y que los padres padecieron fuertes secuelas psíquicas.

— La **STS de 5 de junio de 2012, Ar. 7238**, confirma el pronunciamiento del tribunal de instancia que declara el derecho a ser indemnizado por los daños ocasionados por sepsis puerperal y la realización de un segundo legrado.

— La **STS de 14 de junio de 2012, Ar. 8426**, enjuicia una reclamación por la meningoencefalitis que sufre un niño de 15 meses de edad conectada con la falta de atención por un especialista en pediatría. Asume la decisión del tribunal de instancia que lo considera una infracción de la *lex artis* que genera la responsabilidad administrativa y fija un elevado importe indemnizatorio de 962.000 euros.

B) Responsabilidad sanitaria. Consentimiento informado

Son diversos los pronunciamientos en que se enjuicia una reclamación por actualización de un riesgo de una intervención médica del que no se había informado debidamente al paciente. Se indemniza por un importe a tanto alzado que trata de compensar la frustración de la libertad de elección informada del paciente. En la **STS de 3 de abril de 2012**, Ar. 5672, el daño se concreta en la pérdida de visión de un ojo a raíz de una infección nosocomial. El Tribunal Supremo recuerda que en estos casos procede la indemnización sólo si, como en este caso, acaece el resultado lesivo. Fija una indemnización de 35.000 euros. En la **STS de 25 de junio de 2012, Ar. 11.045**, no se informó al paciente de que como consecuencia de la intervención quirúrgica a la que se sometió se le había roto la duramadre. Fija idéntica indemnización.

C) Responsabilidad sanitaria. Obligación de soportar el daño por un profesional de la sanidad que sufre un contagio

La **STS de 10 de abril de 2012, Ar. 5700**, desestima la pretensión indemnizatoria de un Ayudante Técnico Sanitario que sufre un accidente laboral por un movimiento brusco de la

paciente a la que asistía, que era portadora del virus de la hepatitis C y VIH, y que le provoca el contagio. Considera que el daño no es antijurídico por cuanto supone la materialización de un riesgo profesional suficientemente conocido y aceptado previamente, y por el que fue compensado por medio de la declaración de invalidez absoluta. No hay elementos de anormalidad que permitan conectar dicho daño con un incumplimiento relevante de la Administración por falta de información o de medios suficientes para evitarlo.

3. DAÑO INDEMNIZABLE

A) Falta o retraso en el diagnóstico o en el tratamiento médico

En el período de esta crónica, diversos pronunciamientos han tenido como trasfondo la falta o el retraso en la realización de pruebas diagnósticas y/o en las actuaciones médicas, que producen una pérdida de oportunidad. En estos casos, el alcance del daño indemnizable está en función de las posibilidades de curación que hubiera podido generar la oportunidad perdida, lo que remite a un ejercicio predictivo, hipotético. De esta forma, no se indemniza el daño «íntegro» sino un porcentaje del mismo, que a menudo es el 50%. En esta línea se inscriben las **SSTS de 22 de mayo de 2012, Ar. 6930**, **de 23 de mayo de 2012, Ar. 8407, y de 19 de junio de 2012, Ar. 8064**.

B) Pérdida de la oportunidad de acogerse a un supuesto de interrupción voluntaria del embarazo por defecto en las pruebas diagnósticas

La **STS de 16 de mayo de 2012, Ar. 6781**, analiza el daño moral por pérdida de oportunidad derivado de un error de diagnóstico en la prueba prenatal que lleva a no detectar que el bebé en gestación estaba afectado por el síndrome de Down y, con ello, otorgar a la madre la posibilidad de acogerse a la interrupción voluntaria del embarazo. El tribunal de instancia fija una indemnización de 180.000 euros, que confirma el Tribunal Supremo.

C) Imposibilidad de ejercer una profesión por denegación de la colegiación, objeto de posterior anulación judicial

La **STS de 17 de abril de 2012, Ar. 5836**, tiene como presupuesto la anulación en vía jurisdiccional de la denegación de colegiación de un ingeniero. La sentencia de instancia desestimó la pretensión indemnizatoria al considerar que los daños no estaban acreditados. El Tribunal Supremo recuerda precedentes jurisprudenciales y considera que estos daños son inmanentes al peregrinaje procesal y frustración profesional que tuvo que sufrir el recurrente hasta que obtuvo en sede jurisdiccional la satisfacción de su pretensión. Teniendo en cuenta que el Colegio procedió a colegiar con carácter cautelar a la recurrente, cuantifica el daño en la mitad de lo que suele otorgar cuando no concurre esta forma de reparación, esto es, en 15.000 euros.

D) Pérdida de destino por sanción impuesta a un Magistrado, objeto de posterior anulación judicial

La **STS de 10 de abril de 2012, Ar. 4463**, resuelve una reclamación indemnizatoria por daños causados a un magistrado al haber sido privado de su destino debido a una sanción

impuesta por el Consejo General del Poder Judicial que fue anulada posteriormente en vía jurisdiccional por caducidad del expediente administrativo. El Consejo General del Poder Judicial, al resolver la reclamación administrativa previa, acordó indemnizar por determinados conceptos —reintegro de los haberes dejados de percibir durante el tiempo de cumplimiento de la sanción anulada y sus correspondientes intereses, así como el abono en el escalafón del tiempo de servicios dejado de computar por dicha causa—. Sin embargo, consideró que la sentencia anulatoria contenía en sí misma la reparación del daño moral, consistente en la pérdida del destino y la necesidad de permanecer durante un periodo de tiempo determinado en una población distinta hasta poder recuperar su destino original o al menos un destino similar en la misma población. Ante el Tribunal Supremo, se reclama, por una parte, la indemnización de los gastos de traslado de ida y vuelta al anterior destino. El Tribunal Supremo declara el derecho del recurrente a ser indemnizado en la cuantía de los gastos de traslado forzoso una vez obtenida plaza y los referidos al alquiler de la casa en esa localidad con todos los gastos de alojamiento, hotel y de suministros de vivienda consumidos. Por otra parte, se reclaman daños morales causados por el procedimiento disciplinario y la sanción impuesta, que se desestiman por entender que la exoneración judicial del sancionado supone en sí misma una satisfacción equitativa suficiente. Finalmente, se alegaban otros daños morales consistentes en los efectos personales y familiares por la lejanía en el destino con un padre recién fallecido y una madre anciana, los problemas de adaptación a una ciudad nueva y mal comunicada con su domicilio anterior y problemas de adaptación a una jurisdicción nueva y de relación con algunos colegas jueves y fiscales del nuevo destino. Se desestiman por falta de prueba del nexo de causalidad.

E) Gastos satisfechos en concepto de honorarios de letrado para la asistencia jurídica en vía administrativa

La **STS de 17 de abril de 2012, Ar. 5839**, enjuicia la solicitud de indemnización por gastos satisfechos en concepto de honorarios de letrado del que hubo de valerse el reclamante para impugnar una liquidaciones tributarias, que fueron posteriormente anuladas por un Tribunal Económico Administrativo Regional. Se trata de una cuestión que ha sido controvertida en la jurisprudencia. El Tribunal Supremo reitera su criterio, sentado en las SSTS de 14 de julio de 2008, Ar. 3432, y 22 de noviembre de 2008, Ar. 4553, dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina: estos gastos sólo son indemnizables cuando la actuación administrativa frente a la que ha reaccionado con éxito no se haya producido dentro de los márgenes ordinarios o de los estándares esperables de una organización pública que debe servir los intereses generales, con objetividad, efectividad y pleno sometimiento a la ley y al derecho, eludiendo todo atisbo de arbitrariedad. O dicho de otro modo, aplica su teoría del «margen de tolerancia» conforme al cual los daños derivados de interpretaciones jurídicas erróneas pero no irrazonables no dan derecho a indemnización, lo que en el caso concreto le lleva a confirmar la sentencia de instancia y excluir la responsabilidad administrativa.

F) Privación ilegal de la patria potestad

La **STS de 21 de mayo de 2012, Ar. 6900**, resuelve un recurso de casación frente a una sentencia que declara la responsabilidad administrativa por la declaración de desamparo

y dación en acogimiento familiar preadoptivo de hijos menores, en un caso en que los tribunales civiles consideraron la Administración actuó con inusitada celeridad al dictar las resoluciones de protección de los menores sin audiencia del padre. El tribunal de instancia consideró que se trataba de un daño moral antijurídico y fijó una indemnización de 60.000 euros, que ratifica el Tribunal Supremo.

4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR. DESCLASIFICACIÓN POR LEY DE SUELO URBANIZABLE: INDEMNIZABILIDAD DE LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN

La **STS de 17 abril 2012, Ar. 5850**, confirma la sentencia de instancia y considera que la aprobación de la Ley 17/2001, de 19 diciembre, que tiene por efecto la desclasificación de suelo urbanizable, vulnera el principio de confianza legítima respecto a las personas que habían incurrido en gastos producidos por el cumplimiento de los deberes inherentes al proceso urbanizador, respecto de los cuales procede la indemnización, pero no así respecto al aprovechamiento urbanístico, que al no haberse llegado a patrimonializar no ha de ser indemnizado.

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS.

   A) Plantilla Orgánica.

   a) A falta de Relación de Puestos de Trabajo, la previsión legal específica y la Plantilla Orgánica permiten la creación de un puesto de carácter directivo a proveer por el sistema de libre designación.

   B) Relaciones de Puestos de Trabajo.

   a) No son verdaderos reglamentos, por lo que no cabe plantear cuestión de ilegalidad en relación con ellas.

   b) Modificación de la Relación de Puestos de Trabajo. Falta de motivación de la reducción de la cuantía del complemento específico asignado a un puesto de trabajo.

2. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO.

   A) Falta de requerimiento de la Administración para la subsanación de los méritos aportados defectuosamente.

   B) Prueba de evaluación psicológica. Discrecionalidad técnica. Deber de motivación. El aspirante tiene derecho a acceder a la documentación de la empresa que asesora al Tribunal seleccionador.

3. CARRERA Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO.

   A) Concurso específico.

   a) Subsanación posible de acreditación de méritos específicos defectuosa.

   b) Apreciación de méritos por experiencia profesional en puesto cuyo nombramiento fue anulado pues los efectos son desde la declaración de esa anulación.

   B) Libre designación.

   a) Formalidad de su justificación.

   C) Adscripción provisional.

   a) Forma de provisión de puestos en caso de reingreso de funcionarios al servicio activo sin reserva de puestos.

   D) Concurso.

   a) Sobre lo que debe ser considerado como antigüedad a efectos de mérito en los concursos de provisión de puestos.

4. DERECHOS.

A) Derecho a la libertad sindical.

a) Resulta vulnerado por la exclusión de un sindicato de una comisión de seguimiento a la que se atribuyen facultades negociadoras con carácter subsidiario.

b) No se desconoce por el traslado de un delegado sindical tras un proceso electoral si el nuevo equipo de gobierno municipal sigue siendo del mismo partido político.

B) Negociación colectiva.

a) Se vulnera este derecho por la aprobación unilateral de los cuadrantes de servicio de los Policías Locales.

b) La amortización de plazas, aunque sea ejercicio de las potestades organizativas de la Administración, debe ser previamente negociada con los sindicatos.

C) Derechos laborales. Derecho a recibir una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

a) Este derecho no garantiza la obtención del puesto de trabajo que el funcionario desee.

D) Derecho a las vacaciones.

a) El funcionario tiene derecho a su disfrute cuando no haya podido hacerlo en el período anual ordinario por incapacidad temporal.

b) No obstante, el tratamiento es distinto cuando la incapacidad laboral surge durante el período de disfrute de las vacaciones.

5. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS.

A) Reingreso al servicio activo desde situación de servicios especiales: funciones y tareas del puesto.

B) Sobre si es posible participar en un concurso desde la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

6. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL.

A) Prolongación del servicio activo.

a) Legislación básica y legislación autonómica; nueva normativa que permite la revisión de las prolongaciones ya concedidas.

---

1. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

A) Plantilla Orgánica

a) A falta de Relación de Puestos de Trabajo, la previsión legal específica y la Plantilla Orgánica permiten la creación de un puesto de carácter directivo a proveer por el sistema de libre designación

Para la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de noviembre de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, recurso 543/20120, una Corporación Local sujeta al régimen de organización de los municipios de gran población puede crear un puesto directivo (Director de Seguridad, en el caso de autos), porque la LBRL le habilita expre-

samente para ello, pues el art. 130 de la misma contempla la existencia de órganos directivos municipales y los criterios conforme a los cuales debe efectuarse su nombramiento.

Tampoco el Tribunal encuentra ningún obstáculo en la determinación del sistema de libre designación para la cobertura de la plaza, dado: «1.º) que la inexistencia formal de RPT no lo impide, y que el propio EBEP, consciente del notable retraso por parte de gran número de municipios en elaborar y aprobar sus RPT, permite en su art. 74 que las Administraciones Públicas estructuren su organización a través de las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares, que cumplan con las exigencias que impone el propio precepto, 2.º) dada la vigencia transitoria del precepto de la Ley 30/1984 (art. 20), que le sigue dando cobertura, sin precisar esperar el desarrollo normativo del EBEP; 3.º) a la vista de los especiales factores de confianza y profesionalidad que deben concurrir en el aspirante, junto a los de mérito y capacidad, y 4.º) atendidas las razones justificativas de la adopción de este sistema de provisión, esgrimidas por la Administración Local en el seno del expediente administrativo y en el propio acto recurrido, cumpliendo suficientemente los requisitos de motivación. Se cumplen así las exigencias que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha impuesto para legitimar la adopción de este sistema de provisión de puestos (…)».

B) Relaciones de Puestos de Trabajo

a) No son verdaderos reglamentos, por lo que no cabe plantear cuestión de ilegalidad en relación con ellas

Para abordar la viabilidad de la cuestión de ilegalidad relativa a las RPTs, **la STS de 4 de julio de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso de casación núm. 1984/2010, tras recordar la evolución seguida por la jurisprudencia relativa a la naturaleza jurídica de este instrumento de gestión de los recursos humanos, y admitir también que no se encuentran pronunciamientos judiciales terminantes relativos a esta cuestión, señala que la equiparación de las RPTs a los reglamentos lo ha sido a los solos efectos de la apertura de la casación respecto de las sentencias dictadas sobre impugnación de estas, pero que la extensión de esa asimilación a los efectos de poder hacer de las RPTs objeto de una cuestión de ilegalidad es algo diferente. Por ello, centrando la solución en la real identidad de las RPTs, la Sala estima el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Castilla y León de 23 de febrero de 2010, que estimó la cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de León, con motivo de un recurso indirecto contra una RPT, y concluye que no puede plantearse cuestión de ilegalidad contra ellas, por no tratarse de disposiciones de carácter general.

El Excmo. Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, ponente inicial, formula una voto particular a esta sentencia, sosteniendo que no cabe recurso de casación contra las sentencias dictadas en cuestión de ilegalidad. Adicionalmente, el Magistrado discrepante critica también el pronunciamiento de fondo de la Sentencia de 4 de julio de 2012, pues estima incoherente que la RPT se considere como disposición general a efectos de su impugnación indirecta y, sin embargo, se le niegue esta equiparación para el planteamiento de la cuestión de ilegalidad, que es efecto legal obligado de la previa asimilación de la RPT a una disposición general a efectos de su impugnación indirecta.

b) Modificación de la Relación de Puestos de Trabajo. Falta de motivación de la reducción de la cuantía del complemento específico asignado a un puesto de trabajo

En relación con el caso enjuiciado, la **STS de 21 de noviembre de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso de casación núm. 2579/2011, recuerda la doctrina de este Tribunal conforme a la cual la Administración —un Ayuntamiento, en el caso de autos— ostenta la potestad de crear puestos de trabajo, modificarlos y, en general, las facultades de gestión de su personal, que puede llevar a cabo mediante la Relación de Puestos de Trabajo. Ahora bien, tal como señala la Sala, la referida potestad de autoorganización no autoriza a la Administración a tomar decisiones que restrinjan los derechos de los funcionarios si no media una justificación que ha de expresarse a través de una motivación suficiente que satisfaga las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad que proclama el art. 9.3 CE.

2. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

A) Falta de requerimiento de la Administración para la subsanación de los méritos aportados defectuosamente

La **STS de 4 de diciembre de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso de casación 858/2011, reitera la doctrina de la Sala según la cual, en virtud del art. 71 LRJPAC, no es subsanable el defecto de acreditación puntual del mérito pero sí es subsanable la acreditación defectuosa de este. En otras palabras, ese precepto no autoriza la subsanación de los defectos sustanciales (por ejemplo la falta de alegación o de adquisición oportuna del mérito) pero sí de los formales o meramente materiales, como los errores de esa índole en la solicitud o en los documentos presentados dentro del plazo establecido.

En el caso enjuiciado por la STS de 4 de diciembre de 2012, relativo a un procedimiento de acceso al Cuerpo de Maestros (Especialidad de Pedagogía Terapéutica-Vascuence), la Administración no discute los servicios prestados por la actora en la Escuela de Música Aralar, pues lo discutido es si tales servicios debían encuadrarse en uno u otro de los capítulos del anexo I de las bases de la convocatoria, en función de lo cual tales méritos debían acreditarse con un certificado del centro con el Visto Bueno del Servicio de Inspección Técnica y de Servicios, tal como hizo la interesada en un primer momento, o mediante certificado expedido por la Administración Educativa competente (Secretario Municipal), que finalmente aportó la interesada junto con su recurso de alzada. Se trata, por tanto, de un defecto puramente formal en la acreditación de un mérito y por ello subsanable, a falta de requerimiento del Tribunal del concurso, en el trámite de reclamaciones contra la valoración provisional de méritos.

B) Prueba de evaluación psicológica. Discrecionalidad técnica. Deber de motivación. El aspirante tiene derecho a acceder a la documentación de la empresa que asesora al Tribunal seleccionador

De conformidad con la **STS de 2 de noviembre de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso de casación núm. 973/2012, que enjuicia el caso de

un aspirante a acceder al Cuerpo de Bomberos, que es declarado no apto en la entrevista personal, la negativa a facilitar al interesado el informe de la empresa asesora del Tribunal en que se basa la declaración de no apto en la prueba psicológica, alegando que el Código deontológico del Colegio Oficial de Psicólogos impone la reserva al uso de los psicólogos de todo tipo de material estrictamente psicológico, tanto de evaluación cuanto de intervención o tratamiento, que se abstendrán de facilitarlos a otras personas no competentes, y que el tratamiento de los test queda amparado en el derecho Copyright de la empresa que los realiza, es contraria a lo dispuesto en los arts. 35.h) y 37.1 de la LRJPAC.

Según declara la Sala, «(…) si la empresa asesora del Tribunal participa en esa función en las pruebas selectivas (lo que, dicho sea de paso, tiene su cobertura en la base 5.2 de la convocatoria) no resulta de recibo que tanto el material documental usado para ejercer su función asesora (la única con cobertura en las bases), como el material documental en que se manifiesta esa función, puedan quedar ocultos al opositor que es evaluado con arreglo a ellos. No es de recibo, si se respeta la legalidad, que la reserva propia de la función de un psicólogo, cuando éste actúa como asesor de una prueba para el ingreso en la Administración, impidan facilitar al opositor evaluado, y no a otra persona, después de haber sido evaluado, los elementos documentales que, en su caso, motivan su evaluación. Aceptar la explicación que analizamos, supondría tanto como sustituir la función del Tribunal por una decisión opaca del asesor, que ni tienen cobertura en la base 5.2 de las pruebas, pues convierte al asesor en instancia decisoria de las pruebas, ni se ajusta a los criterios de transparencia que en nuestra doctrina hemos definido como límite de la discrecionalidad técnica».

3. CARRERA Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) Concurso específico

a) Subsanación posible de acreditación de méritos específicos defectuosa

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 200/2012) tiene que resolver, en el seno de un concurso específico, un problema planteado por una acreditación errónea de los méritos específicos emitida por el órgano administrativo competente. La Sentencia comienza diciendo que la acreditación en cuestión era conocida por el concursante, pues no en vano era él quien la presentaba, así como que la Comisión de Valoración no estaba obligada a requerir la subsanación de la solicitud al amparo del art. 71.1 de la Ley 30/1992, pues dicho trámite de subsanación sólo cabe cuando un escrito de solicitud o de inicio de procedimiento no reúne los requisitos fijados en la Ley o si los méritos se han acreditado defectuosamente, pero no cuando un mérito no se ha certificado, lo que podía deberse no a un error sino a que no se reconocía por el órgano administrativo en cuestión. Ahora bien, la Sentencia considera que la Comisión de Valoración a lo que se enfrentaba era a unos méritos alegados por el interesado y una certificación oficial que no comprendía uno de ellos. Teniendo en cuenta que la Comisión publicó un primer «listado provisional e informativo de puntuaciones», con la advertencia de que no generaba «derecho ni expectativa de derecho, respecto a la resolución definitiva del concurso», si había una baremación definitiva es que la provisio-

nal era rectificable. Por tanto, si la Comisión pudo depurar, tras tener conocimiento de la certificación oficial errónea, lo propio es que se hubiera corregido la baremación definitiva.

b) Apreciación de méritos por experiencia profesional en puesto cuyo nombramiento fue anulado pues los efectos son desde la declaración de esa anulación.

La **SAN de 21 de julio de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso núm. 45/2012) ha considerado que, en un procedimiento de provisión de un puesto mediante concurso específico, los méritos de experiencia profesional en las funciones de dicho puesto adquiridos por quien lo ocupa en comisión de servicios sí deben ser tenidos en cuenta a pesar de que una resolución judicial anulase el nombramiento en comisión cuando ya se estaba resolviendo el concurso, pues la anulación tiene efectos *ex nunc*: «dicho nombramiento es *anulado y no declarado nulo* por el TSJ, al contrario de lo que afirma de forma reiterada la apelante, es decir, no se declara la nulidad absoluta o radical del acto, o *ex tunc* —esto es, desde el momento del mismo nombramiento—, lo que implicaría la ineficacia absoluta de sus efectos teniéndose el acto por inexistente, sino simplemente su anulación, con efectos *ex nunc* —desde el momento en que se anula—, siendo entonces el acto susceptible de subsanación o convalidación y permaneciendo por tanto sus efectos, entre ellos el trabajo desarrollado y la consiguiente experiencia adquirida en el desempeño del puesto».

B) Libre designación

a) Formalidad de su justificación

Un tema que no queda claro en la jurisprudencia es dónde se debe motivar el recurso excepcional a la libre designación en detrimento del concurso. Como señala la **STSJ de Castilla y León de 25 de enero de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso núm. 69/2012), «no existe un elenco cerrado de dónde debe o puede encontrarse esa justificación de aplicación a cada puesto y basada en la naturaleza de sus funciones. Es sabido que el proceso de elaboración de una Relación de Puestos de Trabajo es altamente complicado, ya que a través del mismo debe de quedar resuelta la descripción de cada puesto con sus cometidos, funciones y tareas así como su ubicación dentro de la estructura organizativa y su valoración. Los documentos en los que se plasma ese proceso y las entidades y comités que intervienen es muy variado, y así se habla de memorias o monografías de cada puesto, de fichas conteniendo las funciones y tareas, de comités de valoración, etc... Y tales documentos, sean cuales sean y formen parte del expediente de que se traten, deberán de obrar en los autos en los que se impugna un determinado puesto y de no obrar deberá de aportarse como prueba por la parte a la que corresponde».

C) Adscripción provisional

a) Forma de provisión de puestos en caso de reingreso de funcionarios al servicio activo sin reserva de puestos

En la medida en que la adscripción provisional constituye una forma de provisión de puestos de trabajo y no una mera potestad discrecional, en el caso de los funcionarios que

reingresan al servicio activo desde una situación administrativa en la que no tengan reserva de puesto de trabajo, el funcionario tiene derecho a ser adscrito con carácter provisional a un puesto de trabajo vacante dotado presupuestariamente, considerándose vacante a tales efectos el puesto ocupado temporalmente en comisión de servicios cuando ésta ha sobrepasado su plazo temporal fijado [**STSJ de Galicia de 30 de enero de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 462/2012)].

D) Concurso

a) Sobre lo que debe ser considerado como antigüedad a efectos de mérito en los concursos de provisión de puestos

En ocasiones la Administración computa como antigüedad, en cuanto mérito en los concursos, cualquier período de tiempo de prestación de servicios, con independencia de si lo fueron en calidad de personal temporal o «fijo». Para la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso núm. 181/2011), en cambio, la antigüedad es la del funcionario con puesto de trabajo «fijo», «que sí va a ser valorada, siempre, a lo largo de su carrera profesional y cuantas veces participe en concursos de traslados. Se trata de la antigüedad del funcionario o personal estatutario en cuanto a permanencia en la función pública o relación estatutaria con la Administración, en relación de analogía. Pero no puede equipararse a ella la antigüedad basada en el tiempo desarrollado por ese funcionario como interino, antes de que accediera a la función pública. Esos servicios prestados le pudieron ser valorados en alguno de los procesos de consolidación de empleo, lo cual puede ser más o menos compartido, pero al menos ostenta una mayor lógica interna. Pero una vez ingresado en la función pública, compartimos con la Sentencia apelada que no puede perpetuarse esa baremación del interinaje en cada concurso de traslados, al violentar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, arts. 103.3, 9 y 14 de la Carta Magna, pues sitúa al funcionario o personal estatutario que no hubiera interinado con anterioridad a su ingreso en la Administración en clara desventaja (y, según la tesis de la Administración, durante toda su carrera profesional, para siempre), sin justificación legal, respecto de quien sí hubiera ejercido funciones públicas antes del acceso a la Función Pública».

4. DERECHOS

A) Derecho a la libertad sindical

a) Resulta vulnerado por la exclusión de un sindicato de una comisión de seguimiento a la que se atribuyen facultades negociadoras con carácter subsidiario

La STS de 16 de noviembre de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso de casación núm. 4460/2011, ha desestimado el recurso planteado por la Administración sanitaria gallega frente a la Sentencia que había estimado parcialmente el recurso interpuesto por un sindicato que había sido excluido de una comisión de seguimiento del Acuerdo funcionarial. Aunque se había previsto que en los denominados planes funciona-

les se determinarían los criterios para la cobertura de las ausencias imprevisibles; de no ser acordados, se fijarían por la comisión de seguimiento de dicho acuerdo, atendiendo a las peculiaridades y necesidades propias de cada ámbito territorial. Lo mismo sucedería con los criterios para la realización de jornada obligatoria en los puntos de atención continuada en caso de desacuerdo.

Recuerda la Sala que el art. 38.5 del EBEP distingue con claridad entre las auténticas comisiones de seguimiento previstas en la ley —que tienen por objeto la interpretación del convenio— y las comisiones de seguimiento, que son en realidad comisiones de negociación —que tienen por objeto la negociación de las condiciones de trabajo o cuestiones nuevas que no tienen nada que ver con el convenio y que suponen la exclusión de la negociación de sindicatos con capacidad legal negociadora—. Tras analizar si los puntos concretos objeto de impugnación implican atribuir a la comisión de seguimiento facultades negociadoras o decisorias sobre las condiciones de trabajo, llega a la conclusión de que efectivamente se le han atribuido, aunque con carácter subsidiario, facultades decisorias que exceden de la ejecución e interpretación del acuerdo, y en consecuencia confirma la declaración de nulidad de dichas cláusulas, toda vez que, entre otros aspectos, se le están otorgando funciones de determinación de los criterios a aplicar en el futuro para la cobertura de las ausencias imprevisibles y de los criterios para la realización de la jornada obligatoria.

b) No se desconoce por el traslado de un delegado sindical tras un proceso electoral si el nuevo equipo de gobierno municipal sigue siendo del mismo partido político

La **STSJ de Murcia de 26 de septiembre de 2012,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso de apelación núm. 161/2012, ha desestimado el recurso especial para la protección de los derechos fundamentales presentado por un funcionario que había sido trasladado y adscrito provisionalmente al área de informática de su Ayuntamiento. Aducía la recurrente que ese traslado fue consecuencia de su actividad como delegado sindical y miembro de la Junta de Personal. Tras el análisis de los elementos probatorios, el único punto que suscita alguna duda es el relativo a que el traslado se produjera inmediatamente después de formación de equipo de gobierno por el partido ganador de las elecciones. Sin embargo, considera la Sala que realmente esta circunstancia podría ser indicio de la toma de medidas por cambio de signo político de la corporación, pero es que este no es el caso, pues es el mismo partido el que continúa en el gobierno municipal. En tales circunstancias entiende la Sala que este signo, en principio llamativo, se vuelve irrelevante y es suficiente para desestimar su recurso.

B) Negociación colectiva

a) Se vulnera este derecho por la aprobación unilateral de los cuadrantes de servicio de los Policías Locales

Así lo ha considerado la **STSJ de Madrid de 17 de julio de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, al entender que la fijación por parte del Ayuntamiento de los cuadrantes de servicio de estos funcionarios sin haber negociado previamente vulnera este derecho y la libertad sindical al haber modificado sus condiciones de trabajo.

La Sentencia contiene un pronunciamiento explícito y acabado sobre las consecuencias jurídicas de la falta de negociación, incluso aunque se trate de potestades organizatorias. Efectivamente, recuerda que la forma imperativa (será objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública...) utilizada por el legislador «sugiere el carácter estrictamente obligatorio de la negociación previa, se alcance o no un resultado y requiera o no el acuerdo alcanzado el refrendo o la regulación por parte del órgano de gobierno de la Administración (artículos 35, párrafo 3.º, y 37.2 Ley); y, consiguientemente, la sanción de nulidad del acto o disposición en cuya elaboración se haya omitido este requisito formal, de carácter esencial para la correcta formación de voluntad del órgano autor de la norma».

Frente a ello no es oponible, tal como alega el Ayuntamiento, que se trate de una decisión de la Administración que afecta a sus potestades de organización y que el Ayuntamiento «consultó» a las organizaciones sindicales sobre ello. «La potestad de autoorganización y los intereses públicos o los que la Administración ha de servir (artículo 103, en relación con el 101 y 1 de la Constitución) quedan a salvo, pues el sistema de negociación obligatoria que prevé el artículo 32 no impide que, de no existir acuerdo, la Administración siga ejerciendo libremente su potestad, y, en cualquier caso, el acuerdo ha de respetar el ordenamiento jurídico». En definitiva, la falta de negociación, cuando sea procedente y obligatoria, supone la ausencia de un elemento esencial que vicia el procedimiento, y en consecuencia hace nulo al acto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

b) La amortización de plazas, aunque sea ejercicio de las potestades organizativas de la Administración, debe ser previamente negociada con los sindicatos

La **STS de 18 de julio de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, recurso de casación núm. 5734/2011, analiza si la amortización de un puesto de trabajo acordada en la RPT debe ser o no objeto de negociación colectiva, toda vez que se trata de un ejercicio de las potestades autoorganizativas de la Administración. Este análisis lo realiza a propósito de la impugnación del Decreto por el que se aprueban las Relaciones de Puestos de Trabajo de los Departamentos y Organismos Autónomos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el concreto extremo referido a la amortización de tres puestos de trabajo reservados a personal laboral como Técnico/a Relaciones Organismos Oficiales, Jefe/a Sección Administración Informática y Técnico/a Telecomunicaciones.

El Tribunal estima el recurso planteado por el sindicato recurrente al entender que la supresión de un puesto de trabajo es la mayor afectación que pueden sufrir las condiciones laborales de dicho puesto, ya que supone su mera desaparición, con el evidente desplome de todos los derechos y deberes laborales que del mismo pudieran derivarse. Para ello parte en su análisis de la evolución que se ha producido en esta materia como consecuencia de la entrada en vigor del EBEP, en sus artículos 31 a 46. Antes quedaban excluidas de la negociación colectiva las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. A propósito de ellas solamente se reconocía a los sindicatos un derecho de consulta cuando pudieran tener repercusiones sobre las condiciones de trabajo. Por tanto, la relación de puestos de trabajo en cuanto instrumento de

ordenación del personal mediante el que se realiza la potestad organizativa quedaba fuera de la negociación colectiva aunque no de la obligación de consultar con las organizaciones sindicales. Sin embargo, el EBEP ha introducido importantes novedades en esta materia exigiendo, contrariamente a lo prevenido en la Ley 9/87, que «las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización, entre las que cabe citar las relativas a la aprobación de las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumento técnico legalmente previsto para llevar a cabo la ordenación del personal, en cuanto repercutan en las condiciones de trabajo de los funcionarios, sean objeto de negociación con las organizaciones sindicales».

Ello lleva a la Sala a estimar el recurso en la medida en que «la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo reservados al personal laboral del Departamento de Interior, que nos ocupa, conlleva una efectiva repercusión en las condiciones de trabajo de los tres puestos que se amortizan… Ello como consecuencia de que los tres indicados puestos desaparecen, dado que son objeto de amortización, lo que sin duda alguna comporta una modificación sustantiva con incidencia en la ordenación de las condiciones de trabajo del personal afectado y en la estructura interna del servicio de que se trata, máxime si se tiene en cuenta que una de las plazas corresponde a una Jefatura de Sección, con la consiguiente desaparición de un escalón intermedio organizativo, como señala el Informe del Comité Intercentros, en el que asimismo se pone el acento en que la amortización constituye una amenaza para la pervivencia del colectivo y afecta a las posibilidades de promoción y estabilidad del personal fijo y temporal, además de disminuir la masa salarial con su incidencia en el montante de ciertas atenciones sociales».

No obsta a lo anterior el hecho de que las concretas plazas se hallaran vacantes y que su amortización se vinculara a un previo expediente de creación de nuevas dotaciones que se supeditaron a la amortización de las que ahora son objeto de enjuiciamiento, por cuanto la existencia de plazas vacantes en una RPT no puede conllevar, sin más, su amortización para la creación de otras nuevas. Por consiguiente, tratándose las amortizadas de plazas que afectan a las condiciones de trabajo, aun cuando lo sean como consecuencia del ejercicio de las potestades organizativas de la Administración, deben ser objeto de preceptiva negociación, por expresa disposición legal contenida en el art. 37.2.a) del EBEP.

C) Derechos laborales. Derecho a recibir una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo

a) Este derecho no garantiza la obtención del puesto de trabajo que el funcionario desee

La STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ha estimado el derecho del funcionario recurrente a ser trasladado por motivos de salud, aunque especificando que dicho derecho no ampara, al menos en principio, el derecho a obtener el concreto puesto de trabajo que el funcionario desee. Se trataba de un funcionario del subgrupo C1, especialidad de Agente de la Hacienda Pública de la AEAT que estaba desempeñando su puesto de trabajo en Barcelona y solicitaba ser trasladado a Olot, donde había permanecido durante varios años en comisión de servicios.

El funcionario contaba con varios informes médicos psiquiátricos y psicológicos en los que se pone de manifiesto el trastorno padecido por el actor de ansiedad y agorafobia, que se evidencia con la utilización de cualquier medio de transporte para ir y venir al trabajo, el cual sin embargo resulta imprescindible en la ciudad de Barcelona. Por ello solicita su traslado nuevamente a Olot, donde había desempeñado su trabajo en los cinco últimos años. La Administración había denegado su petición basándose en la necesidad de que el titular del nuevo puesto solicitado se pudiera trasladar en coche para realizar notificaciones.

Tas el análisis del régimen de movilidad por razones de salud en el art. 21 de la Ley 30/1984, concluye la Sala que «aunque no asiste al funcionario el derecho de ser trasladado al puesto que el mismo desee o sea de su elección, sí concurren en este caso para la oficina de Olot preferentemente, o en su caso para otra de semejantes características y en población de tamaño similar, los presupuestos establecidos en los preceptos transcritos pues además de la patología presentada por el demandante es evidente que en aquella había puesto vacante de igual nivel que el de origen y cuya provisión era necesaria como así lo demuestra la anterior comisión de servicios desempeñada hasta poco antes de la petición».

D) Derecho a las vacaciones

a) El funcionario tiene derecho a su disfrute cuando no haya podido hacerlo en el período anual ordinario por incapacidad temporal

La **STSJ de Galicia de 24 de octubre de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ha desestimado el recurso de casación planteado por la Administración gallega frente a la sentencia de instancia que había estimado el derecho de la funcionaria recurrente a disfrutar de las vacaciones remuneradas del año 2010 no disfrutadas por encontrarse en situación de incapacidad temporal.

Desestima el recurso de la Administración amparándose en las Sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009 y de 22 de noviembre de 2011, en aplicación de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003. La Sala llega a la conclusión de que los funcionarios públicos, al igual que los trabajadores, una vez que obtienen el alta médica, tienen derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del fijado inicialmente, en su caso fuera del período de referencia anual que dispone el EBEP, en una anualidad distinta. Si no se interpreta así, y en todo caso se obligase a hacerlas efectivas en la misma anualidad a que corresponden, se imposibilitaría el disfrute o se impondría hacerlo en coincidencia con el período de incapacidad, lo que es contrario al espíritu que anima a la Directiva, así como a la jurisprudencia comunitaria que la interpreta. Ello también es así porque el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, sin ser absoluto en cuanto a las fechas de su ejercicio, forma parte del núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado social (STC 324/2006). Así se ha reconocido, en el ámbito de la Función Pública, tanto en el viejo artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 como el vigente art. 50 del EBEP. Supuesto distinto es el de la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues se trata de un riesgo que ha de asumir el propio trabajador.

b) No obstante, el tratamiento es distinto cuando la incapacidad laboral surge durante el período de disfrute de las vacaciones

Aunque la **STSJ de Valencia de 7 de noviembre de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, se ha pronunciado exactamente en la misma línea que la sentencia anteriormente citada respecto del disfrute de las vacaciones por parte del funcionario cuando se encuentra en situación de incapacidad temporal, ha establecido algunas matizaciones que nos permiten aclarar cómo inciden en el disfrute de este derecho las situaciones de incapacidad temporal del funcionario. Así, recogiendo la jurisprudencia comunitaria elaborada al respecto, ha aclarado que «la situación de incapacidad temporal que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, tampoco puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa. Y es conveniente señalar al respecto que tiene que ser distinto el tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con aquella otra que se produce con anterioridad al período vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto. En este último caso necesariamente ha de hacerse compatible el derecho a la baja por incapacidad temporal, sea esta por enfermedad común o por maternidad, con el correspondiente al disfrute de la vacación anual».

5. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) Reingreso al servicio activo desde situación de servicios especiales: funciones y tareas del puesto

La **STSJ de Castilla y León de 26 de diciembre de 2012** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 597/2012) anula la sentencia de instancia en la que se consideró que la adjudicación del puesto asignado a un funcionario que reingresaba al servicio activo desde la situación de servicios especiales no era conforme a derecho porque sus condiciones funcionales y laborales eran peores que las de puestos equivalentes (en concreto, se trataba de la Oficina de Tramitación de Denuncias del Municipio, y el puesto asignado apenas si resolvía una docena de expediente al mes, frente a otros equivalentes de la Oficina de Gestión Urbanística o de Tráfico, con más de 15.000 denuncias al año). El funcionario, perteneciente a la Escala de Administración General, Subescala Técnica Superior, nivel 26, consideraba que ese puesto no era el que le correspondía por la escasa entidad de sus funciones (latiendo en su recurso una cierta apreciación de persecución por haber desempeñado hasta el reingreso cargos políticos representativos en el partido de la oposición en ese Ayuntamiento), cosa que estimó la Sentencia del Juzgado de instancia por considerar que la adjudicación del puesto tenía por finalidad apartar definitivamente al recurrente del desempeño de sus funciones como funcionario del Cuerpo Técnico Superior de la Administración Local, impidiendo el ejercicio de sus derechos profesionales y de su carrera administrativa, consideración que aderezaba con referencias a las deficientes condiciones materiales de las instalaciones en que se ubica-

ba el puesto de trabajo. El Tribunal Superior de Justicia, sin embargo, estima que, de la normativa aplicable (art. 87.3 del EBEP y, por remisión del sistema de fuentes local, el Real Decreto 364/1995), no se deriva como «condicionante a favor del funcionario que pide el reingreso al servicio activo que fuera adscrito (de manera provisional o definitiva) a un puesto de trabajo con un determinado contenido funcional o siquiera que el puesto estuviese encuadrado en el mismo servicio o dependencia que aquel puesto que el funcionario ocupó previo a pasar a la situación de servicios especiales». Lo que sí exige dicha normativa es que el puesto a cubrir fuera en la misma localidad, que tenga igual nivel y similares retribuciones, y que las tareas atribuidas a ese puesto correspondan con las funciones del cuerpo de pertenencia del reingresado al servicio activo. Ahora bien, «la cantidad y complejidad propias de las tareas del puesto de trabajo para el que fue nombrado (denuncias a tramitar) no es un dato determinante sino que lo será la complejidad y la responsabilidad de esas tareas en relación con las propias, a su vez, de la subescala de pertenencia, sin que la sentencia apelada contenga valoración alguna en relación con este particular, pues únicamente repara en la estadística que cita la cual es meramente numérica o cuantitativa».

B) Sobre si es posible participar en un concurso desde la situación de excedencia voluntaria por interés particular

Una base de una convocatoria de concurso de provisión de puestos señalaba que podían participar en el mismo, entre otros, los funcionarios de carrera del Grupo A, Abogado de la Generalitat, que hubieren superado determinado prueba o curso selectivo previo encontrándose una situación distinta a la de servicio activo en el Cuerpo de Abogados de la Generalitat. Al amparo de esa previsión, una funcionaria pretendía concursar desde la situación de excedencia voluntaria por interés particular. Para la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de noviembre de 2012** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, recurso núm. 852/2010), teniendo en cuenta, por un lado, que sólo la situación administrativa de servicio otorga al funcionario la plenitud de derechos y, entre ellos, el de participar en concursos de traslado y, por otro, que la excedencia voluntaria determina la ruptura de la relación funcionarial, de modo que el funcionario que se encuentra en tal situación no tiene más derecho que el de solicitar el reingreso participando en las oportunas convocatorias, «no siendo sostenible una interpretación literal de las Bases que resulte frontalmente contradictoria con el ordenamiento jurídico aplicable, no cabe sino interpretar la previsión de la convocatoria que permite tomar parte en ella a quienes «se encuentren en una situación distinta a la de servicio activo», en el sentido de que podrán concursar aquellos a quienes la normativa vigente se lo permita desde la concreta situación administrativa en que se encuentren, es decir, en el caso de la excedencia voluntaria, aquellos que hayan ya cumplido el periodo mínimo de dos años de permanencia continuada en la misma. Y en base a este criterio resulta ajustada a derecho la exclusión de la recurrente, dado que no había agotado aún dicho plazo mínimo de permanencia».

6. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) Prolongación del servicio activo

a) Legislación básica y legislación autonómica; nueva normativa que permite la revisión de las prolongaciones ya concedidas

La Comunidad Autónoma de La Rioja, mediante la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, modificó su Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, regulando la prolongación en el servicio activo, así como, transitoriamente, la posible revisión de las prolongaciones concedidas antes de su entrada en vigor. Esta regulación de la prolongación en el servicio activo contempla que será como máximo hasta los setenta años de edad; también contempla las causas por las que podrá denegarse motivadamente, y que la resolución estimatoria de la prolongación en el servicio activo podrá ser revisada cada seis meses, emitiéndose por el órgano competente resolución de confirmación de esta o de jubilación forzosa, según proceda, atendiendo esta a las causas establecidas en este artículo para su posible denegación. También establece, la misma Ley 7/2011, la revisión de las resoluciones de prolongación de permanencia en el servicio activo concedidas antes de la entrada en vigor de la Ley y que, como consecuencia de dicha revisión, el órgano competente deberá emitir resolución de confirmación de la resolución estimatoria de la prórroga o resolución de jubilación forzosa, según proceda, atendiendo la denegación a las causas establecidas, que son: a) Razones organizativas, funcionales o económicas que se deriven de los instrumentos de planificación de recursos humanos. b) Resultado negativo de la evaluación del desempeño en su última realización. c) Aptitudes personales para desempeñar las funciones y tareas que le sean propias. d) Cumplimiento horario y de asistencia al trabajo en el último año. e) Condiciones psicofísicas del solicitante, previo informe médico emitido por la unidad administrativa a la que corresponden las funciones en materia de prevención de riesgos laborales.

La posible inconstitucionalidad de estas previsiones transitorias fue examinada por la **STSJ de Logroño de 19 de diciembre de 2012** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, recurso núm. 109/2012), con motivo de un caso en el que un funcionario a quien se le había reconocido, conforme a la normativa anterior, la prolongación en el servicio activo hasta los 70 años (concretamente, hasta el 18 de diciembre de 2014), vio cómo una nueva resolución, al amparo de la nueva normativa, dejaba sin efecto la anterior resolución de prolongación del servicio activo, procediendo al cese por jubilación forzosa del funcionario en cuestión.

Comienza la Sentencia destacando que en la actualidad el artículo 67.3 del EBEP no regula ya como un derecho del funcionario esa prolongación en el servicio activo, sino que corresponde a la Administración la decisión motivada de la petición efectuada al respecto, a diferencia del antiguo artículo 33 de la Ley 30/1984 (en la redacción dada por el art. 107 de la Ley 13/1996), que lo configuraba como un derecho del funcionario que sólo podía ser denegado cuando se rebasara la edad máxima o no se solicitara en plazo. Ante la alegación de que la regulación transitoria de la Ley era contraria al art. 9.3 de la Constitución, por considerarla una normativa restrictiva de derechos individuales con carácter retroactivo, así como contraria a la seguridad jurídica, la Sentencia razona que «la disposición transi-

toria segunda de Ley 7/2011 no deja sin efecto las resoluciones estimatorias anteriores a su entrada en vigor, pues puede procederse a su confirmación y, en todo caso, si se revoca, tal revocación produce efectos "ex nunc", no afectando a los efectos producidos por la anterior resolución hasta el dictado de la segunda. Por otra parte, como antes se ha señalado, el Tribunal Constitucional ha declarado que está en la disponibilidad del legislador modificar el momento en que ha de producirse la jubilación, por lo que no puede sostenerse que concurra un derecho subjetivo adquirido a mantener una determinada edad de jubilación (STC 108/1986). Ciertamente, al actor se le reconoció la permanencia en el servicio activo hasta los 70 años mediante una resolución dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2011, que ahora ha sido dejada sin efecto mediante la resolución administrativa impugnada, dictada en aplicación de la Ley citada; ahora bien, si el legislador puede modificar la edad de jubilación establecida en una ley, no puede concluirse que la aplicación de una ley que da lugar a la modificación de la edad de jubilación establecida en una resolución administrativa vulnere el artículo 9.3 de la Constitución. A mayor abundancia, la fecha de efectos de la concesión de permanencia en el servicio activo "hasta el 18 de diciembre de 2014", sólo hubiera podido operar como límite máximo para mantener esa situación, por ser el día siguiente al cumplimiento de los 70 años de edad, en tanto se mantuvieran las condiciones de su excepcional concesión, ya que la norma general es la jubilación forzosa declarada de oficio al cumplir el funcionario los 65 años. De manera que no se han vulnerado los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones limitativas de derechos individuales».

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR

XI. URBANISMO

Sumario

1. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.

   A) Constitución de una entidad de colaboración sin la debida justificación.

   B) La obligatoriedad de un plan general de ordenación urbana de someterse a una previa evaluación de impacto ambiental.

2. LICENCIA DE OBRAS: VALIDEZ DEL ACTO DE DENEGACIÓN.

3. AUTORIZACIÓN PREVIA A LA CONCESIÓN DE LICENCIA MUNICIPAL PARA LA PLANTACIÓN DE VIÑEDO EN SUELO RÚSTICO.

1. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Constitución de una entidad de colaboración sin la debida justificación

En su sentencia de 18 de octubre de 2012 (Ar. 10226), el TS debe resolver sobre la impugnación de la aprobación definitiva de la revisión de unas normas subsidiarias de planeamiento en lo referido a la constitución de una entidad urbanística de conservación, versando la controversia en si la decisión de su constitución había sido adoptada con la suficiente motivación.

A este respecto, el TS comienza resaltado la obligatoriedad de la Administración de justificar todas sus actuaciones, tanto si éstas revisten la forma de actos administrativos como si se ejercita la potestad reglamentaria, en cuanto que ello supone que los destinatarios conozcan las razones del ejercicio de las potestades administrativas para, en su caso, ejercitar los mecanismos de impugnación necesarios. Pero, además, dicha motivación es un medio para acreditar que la Administración ajusta su actuación a los principios recogidos en la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en especial la consecución con objetividad de los intereses generales y de los fines que la justifican.

Aplicando esta argumentación a los instrumentos de planeamiento urbanístico, remarca que, si la necesidad de motivación «alcanza a los actos administrativos, con mayor razón debe ser también exigible cuando la Administración ejerce potestades reglamentarias, como son los planes de urbanismo, dado que al ser disposiciones generales, están revestidos de las características y efectos propios de la normas jurídicas, integrándose en el ordenamiento jurídico» (FJ 4.º), e indicando que «las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en

el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal» (FJ 5.º).

Esta motivación, según el TS, debe ser realizada en la correspondiente memoria del instrumento de planeamiento concreto, y por lo que respecta al grado de concreción que debe alcanzar dicha justificación, aquél señala que, en lo referido a un nuevo plan general o a una revisión de un planeamiento ya existente si los cambios afectan a todo el término municipal o a gran parte del mismo, «no cabe exigir una explicación pormenorizada de cada determinación, bastando que se expliquen y justifiquen las grandes líneas de la ordenación propuesta; y que será necesaria una motivación más concreta y detallada a medida que se desciende en la escala de los instrumentos de desarrollo…, o cuando se trate de modificaciones puntuales, precisamente por su reducido ámbito de aplicación» (FJ 5.º).

Una vez establecida esa argumentación genérica, el TS se ciñe al supuesto objeto de la controversia, y señala que la revisión de las normas subsidiarias que se enjuicia establece una determinación que se aparta de lo que es la regla general sobre conservación de las obras de urbanización, es decir, que dicha conservación corresponde a los Ayuntamientos, según se deriva del art. 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y del art. 67 del RGU de 1978, y así se recoge también en el art. 153 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, ámbito territorial donde se sitúa el supuesto conflictivo, precepto que sirve al TS para interpretar que la norma andaluza considera que la conservación de aquellas obras por los propietarios tiene un carácter excepcional, pues en el apartado 3 de dicho art. 153 enumera unos supuestos tasados en que dicha conservación corresponde a los propietarios.

A este respecto, abunda el TS indicando que «son claramente discernibles el deber de ejecutar o sufragar las obras de urbanización, que incumbe a los propietarios, siempre, del deber de conservación y mantenimiento de las obras y redes de urbanización, cuya regla general, se insiste, es su conservación con cargo a los Ayuntamientos por su carácter de bienes de dominio y uso público» (FJ 5.º), rechazando que por la simple previsión de actuar a través del sistema de compensación, como sucede en el caso concreto y alega la recurrente, deba derivarse que la conservación también debe ser realizada por los propietarios.

Por todo lo anterior, el TS concluye indicando que, si bien nos encontramos en un supuesto de revisión de unas normas subsidiarias, incluso en tales supuestos, en la memoria justificativa, se debe incluir una «explicación específicamente referida a la ordenación prevista para un área determinada a la que se asigna una determinación que se aparta de la regla general sobre la conservación de las obras de urbanización», lo que lleva a aquél a sostener que la decisión sobre la constitución de la entidad de colaboración no había sido suficientemente justificada, siendo adecuada la anulación de dicha decisión realizada por la sentencia de instancia y, consecuentemente, a rechazar el recurso interpuesto.

B) La obligatoriedad de un plan general de ordenación urbana de someterse a una previa evaluación de impacto ambiental

En la sentencia de 27 de septiembre de 2012 (Ar. 9254), el TS debe resolver el conflicto que se produce respecto a la aprobación de la adaptación de un plan general de ordenación

urbana que no había sido sometido previamente a una evaluación de impacto ambiental, lo que origina la necesidad de que el Tribunal profundice sobre los supuestos en los que debe procederse a dicha evaluación ambiental con carácter previo a la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento urbanístico.

Y a este respecto, el TS se remite a las argumentaciones realizadas por la sentencia de instancia para determinar que, para el caso controvertido, es la Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio, la que determina en su art. 1 que la misma «se aplica a la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de los proyectos públicos y privados que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente», obligando a los Estados miembros, en su art. 2, a adoptar «las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones».

De acuerdo a esta argumentación, el TS alude a casos particulares en los que sí ha admitido la necesidad de una previa evaluación de impacto ambiental, por ejemplo, cuando se produce una alteración sustancial del uso del suelo, al entender que «es la aprobación del Plan la que hace posible el cambio de uso del suelo y, por ello, es en ese procedimiento donde se ha de evaluar el impacto ambiental; no sería lógico posponer ese estudio a otro momento posterior (*v.gr.* aprobación del Programa de Actuación, o del Plan Parcial, o del Proyecto de Urbanización)… La primera actuación administrativa que cambia el uso del suelo es el Plan General y él es quien modifica drásticamente su régimen jurídico. En consecuencia, incluso antes de la aprobación inicial, tan pronto como estén claras las líneas generales del avance o proyecto del Plan, el mismo debe someterse a una evaluación de impacto ambiental, pues sólo así la Administración planificadora (en la aprobación inicial) y los ciudadanos en general (en la información pública) podrán tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de las transformaciones anunciadas en el medio ambiente» (FJ 3.º).

Igualmente, resalta la necesidad de exigir una evaluación de impacto previa a la aprobación de determinados instrumentos de planeamiento cuando «por su grado de definición quedaba en ellos definida la localización o emplazamiento de la obra, infraestructura o instalación de la que se tratase, de modo que por dicha localización el Plan resultaba equiparable a un proyecto a efectos de sometimiento a la Evaluación de Impacto Ambiental» (FJ 3.º).

De acuerdo a estas consideraciones del TS, y tal y como destaca el propio Tribunal, la obligatoriedad o no de la previa declaración de impacto ambiental de un instrumento de planeamiento urbanístico va a venir determinada por la interpretación que se realice del término «proyectos» que utiliza la Directiva 85/337/CEE antes citada. Acudiendo a nuestra legislación interna, es el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, y sobre todo, el Anexo 1 de su Reglamento 1131/88, de 30 de septiembre, quien se encarga de precisar el contenido que debe darse al término «proyectos», entendiendo como tal «todo documento técnico que define o condiciona de modo necesario, particularmente en lo que se refiere a la localización, la realización de planes y programas, la realización de construcciones o de otras instalaciones y obras…».

De esta manera, el TS destaca que el concepto de proyecto no es asimilable al de política, plan o programa, en cuanto que por «política» debe entenderse «la inspiración,

orientación o directriz que rige la actuación de una entidad pública en un campo determinado»; por «plan», «el conjunto de objetivos coordinados y ordenados temporalmente por la aplicación de una política»; por «programa», «la articulación de una serie de proyectos previstos en un área determinada»; mientras que «el concepto de proyecto aparece unido al de trabajos de construcción, obra o instalación, esto es, a la idea de instalación o realización, conectándose con el requisito de autorización, como exige la normativa comunitaria» (FJ 3.º). Se detiene el TS, además, en esta última consideración, indicando que el Derecho Comunitario considera «proyecto» desde una perspectiva material, más que formal, asimilándolo a la noción de autorización, indicando que la propia Directiva 85/337/CEE entiende «proyecto» como la «realización de trabajos de construcción o de otras instalaciones u obras, así como, en segundo término, otras instalaciones en el medio natural o en el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación de los recursos del suelo» (FJ 3.º).

Aplicando estas argumentaciones al caso que nos ocupa, el TS indica que la evaluación ambiental previa será exigible en aquellos supuestos en los que «el instrumento de ordenación territorial o urbanística sea equiparable a un proyecto en el punto relativo a la localización espacial de un obra o infraestructura» (FJ 3.º), pues el Real Decreto Legislativo 1302/1986 sólo afecta a proyectos, obras y otras actividades, lo que no sucede en el caso concreto que se enjuicia, pues con la adaptación al plan general de ordenación urbana que se aprueba simplemente se preservan determinadas zonas de un desarrollo urbanístico futuro, lo que requerirá actuaciones posteriores, argumento que lleva al Tribunal a rechazar el recurso presentado en lo referido a este extremo. No obstante, también conviene destacar que el Tribunal matiza que actualmente la evaluación ambiental se regula a nivel comunitario en dos normas diferentes: de forma individual o para proyectos en la citada Directiva 85/337/CE, y para planes o programas en la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, si bien no profundiza sobre esta última al no ser aplicable al caso controvertido.

2. LICENCIA DE OBRAS: VALIDEZ DEL ACTO DE DENEGACIÓN

Curiosamente, coincidiendo en la fecha, el Tribunal Supremo ha dictado dos interesantes sentencias referidas al mismo objeto: la validez de la denegación de varias licencias de obras solicitadas para la construcción de viviendas unifamiliares adosadas en terrenos afectados por la servidumbre aeroportuaria del aeropuerto Madrid-Barajas, en el mismo Municipio —Paracuellos del Jarama—, y en el mismo sector —el 5—, aparentemente contradictorias entre sí, a pesar de haber sido ponente de las mismas el mismo Magistrado D. Eduardo Calvo Rojas. La razón de esta divergencia será la que examinaremos a continuación.

En la primera, **STS de 22 de noviembre de 2012** (Ar. 383358. Recurso de casación núm. 19/2010), se confirma la sentencia recurrida que había legitimado la denegación de la referida autorización de obras, acordada por el Subdirector General de Sistemas de Navegación Aérea y Aeroportuarios de la Dirección General de Aviación Civil con fecha 27 de septiembre de 2006.

El rechazo de la Administración aeroportuaria a la concesión de la licencia se basaba en que las edificaciones proyectadas se encontraban dentro de la zona de seguridad del Radar

II y del Centro de Receptores HF de Paracuellos del Jarama, dentro de las servidumbres aeronáuticas del Aeropuerto de Madrid/Barajas establecidas según la Orden Ministerial FOM/424/2006, de 17 de febrero. No obstante, esta misma Administración, en un informe preceptivo y vinculante que, con ocasión de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de este mismo Municipio, había emitido el 19 de enero de 2001, admitía la posibilidad de realizar alguna construcción, aunque sometiéndola a determinadas condiciones. Este mismo órgano había concluido, en un informe posterior, de 30 de octubre de 2001, la inexistencia de inconvenientes para la aprobación de los Plantes Parciales de los sectores afectados en que se situaban las parcelas en las que se pretendían realizar las edificaciones.

Frente al alegato del demandante de que, con este comportamiento, la Administración ha ido contra sus propios actos, ya que, a su parecer, había existido una supuesta autorización previa del PGOU y de los Planes Parciales que permitiría tener por permitidas las obras sin necesidad de nueva licencia, el Tribunal *a quo* manifiesta, no obstante, la validez del acto denegatorio, puesto que en cualquier caso la Administración aeroportuaria se había reservado el derecho a pronunciarse sobre la posible afectación concreta de lo proyectado a la seguridad de las instalaciones y comunicaciones aeronáuticas, y, además, la razón de la denegación del permiso no se basaba en las condiciones inicialmente señaladas por la Administración —la altura de las edificaciones—, sino que encontraba su fundamento en la seguridad —interferencias radioeléctricas—, puesto que la construcción de las viviendas con la cota de altura proyectada interrumpiría el radioenlace con la Torre Sur del Aeropuerto, con un alto riesgo de pérdida de las comunicaciones para el control del tráfico aéreo.

En concreto, el FJ 8.º del esta sentencia de instancia considera que

> «Debe aclararse, con carácter preliminar, que una cosa es la aprobación del PGOU y sus planes parciales y, otra muy diferente, lo relativo a lo que en él se edifique. Si bien el primero es un instrumento general de ordenación, su ejecución puede contemplar situaciones no previstas. Ello nos conduce a la necesidad de proceder al examen del doc. 8 aportado con la demanda.
>
> Ese documento es un escrito en el que en relación con la solicitud de autorización de los Planes Parciales (S-2 a 6) del PGOU, informado favorablemente con anterioridad, se indica que respecto de dichos planes "no existe inconveniente para su aprobación", pero a renglón seguido se añade que "no obstante lo anterior, deberá ese Ayuntamiento solicitar autorización a efectos de servidumbres aeronáuticas previamente a la construcción de cada edificio o grupo de ellos que se construyan simultáneamente, según lo preceptuado en el vigente Decreto de Servidumbres Aeronáuticas, n.º 584 de 24 de febrero de 1972".
>
> Por tanto, en ese documento no se autoriza mediante una suerte de carta blanca todo lo que se construya en el PGOU, sino que se recuerda expresamente la existencia de las servidumbres, y la necesidad de autorizaciones puntuales para cada edificio o grupo de ellos que pretenda construirse. El examen de este documento debe conectarse con otros también aportados por la parte actora y en particular con los docs. 2, 6 y 13. Este informe admitió que podrían autorizarse alturas superiores a los límites de altura siempre que un estudio aeronáutico demuestre que lo que se pretende construir no disminuye los niveles de seguridad, para a continuación indicar que podría permitirse "alguna construcción", indicando un límite de 723 m que impone la altura del Radar II, sin que él mismo se erija en modo alguno como límite máximo en todo caso. En la conclusión b) se ultima indicando que las

> limitaciones derivadas de las instalaciones de radar son críticas, y que previamente a la construcción deberá solicitarse autorización, sin fijar en modo alguno esta conclusión un límite concreto de altura».

Por su parte, la Sala de casación mantiene este argumento, incidiendo en que

> «A diferencia de lo sucedido en relación con la autorización de otras edificaciones en la misma zona, en el caso que ahora nos ocupa la Administración del Estado no ha actuado en contra de sus propios actos, pues ya en el informe de la Subdirección General de Sistemas de Navegación Aérea y Aeroportuarios de 19 de Enero de 2001, relativo al Plan General del Municipio de Paracuellos del Jarama, se indicaba expresamente que se podría autorizar alguna construcción con tal de que su altura fuera inferior a la cota de 723 metros que es la declarada para el Radar "... y siempre que no apareciesen interferencias radioeléctricas"; por lo que el Ayuntamiento de Paracuellos del Jarama era conocedor desde el año 2001 que razones fundadas de seguridad —interferencias radioeléctricas— podrían motivar la denegación de la autorización» (FJ 4.º).

Sin embargo, en la segunda decisión, la **STS de 22 de noviembre de 2012** (Ar. 383513. Recurso de casación núm. 422/2010), y aun basándose la impugnación del acto administrativo denegatorio en el mismo informe de la Subdirección General de Sistemas de Navegación Aérea y Aeroportuarios de 19 de enero de 2001, que condicionaba la concesión de las licencias al previo informe favorable de la Dirección General de Aviación Civil, y el de 30 de octubre de 2010, en el que no se veía inconveniente en la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de Paracuellos del Jarama, el Tribunal acoge plenamente los argumentos de la recurrente —que ya había mantenido la sentencia de instancia—, fundamentando esta vez su fallo en la vulneración del principio de confianza legítima que conllevaría la adopción de otra decisión: Y ello porque se impone al solicitante una nueva exigencia no contemplada en los anteriores pronunciamientos administrativos.

De esta manera, el FJ 3.º expresa que

> «De los anteriores hechos —que la sentencia recurrida señala como acreditados— se desprende con claridad que ha existido una actuación de la Administración del Estado, exteriorizada de forma inequívoca por la vía de de los informes preceptivos y de la autorización del Plan Parcial, que ha inducido a actuar en un determinado sentido en la redacción y aprobación de los diferentes instrumentos de planeamiento —Plan General y Plan Parcial— que establecen la ordenación urbanística tenida en cuenta para elaborar los proyectos de las obras respecto de las que se solicita la autorización del Ministerio de Fomento, instrumentos de planeamiento que incorporan en sus determinaciones normativas las indicaciones de los informes del Ministerio de Fomento.
>
> Por ello, tanto la Administración municipal como la empresa interesada en la promoción de las viviendas han orientado su comportamiento en una concreta dirección, observando el cumplimiento de la distancia mínima de cien metros y proyectando unas viviendas cuya cota máxima de altura es de 716,68 metros, inferior, por tanto, a los 723 metros indicados.
>
> Es cierto que no existe un derecho adquirido a la construcción, ya que ésta exige, en todo caso, una resolución favorable del Ministerio (artículo 29 del Decreto 584/1972, de 24 de febrero). Pero en el caso que examinamos la autorización se denegó por unas razones

—ubicación en la zona de seguridad, proliferación de viviendas en la zona y altura de las construcciones— que ya eran conocidas por la Administración aeronáutica cuando en el año 2001 informó el Plan General y autorizó el Plan Parcial de los sectores comprendidos en la zona de seguridad del Radar II, pese a lo cual vino a exigir con posterioridad —año 2007—, y en trámite de recurso frente a la denegación de autorización para la construcción de las viviendas, una distancia mínima de 10 metros respecto de la cota de altura del Radar, sin justificar por qué había de observarse esa distancia y no otra en atención a circunstancias distintas de las que concurrían cuando emitió sus anteriores pronunciamientos.

En fin, bajo la rúbrica de vulneración del principio de confianza legítima que se desarrolla en el fundamento sexto de la sentencia recurrida, lo que la Sala de instancia pone de manifiesto, y esto es particularmente relevante, es que la denegación de la autorización se basa en una nueva exigencia —diferencia de al menos 10 metros con respecto a la cota de altura del Rádar— que no sólo se aparta de lo informado y resuelto por la propia Administración aeronáutica en las actuaciones que ya hemos enunciado sino que carece de todo sustento normativo».

3. AUTORIZACIÓN PREVIA A LA CONCESIÓN DE LICENCIA MUNICIPAL PARA LA PLANTACIÓN DE VIÑEDO EN SUELO RÚSTICO

En su **sentencia de 8 de noviembre de 2012** (Ar. 10641), el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de febrero de 2010, que, a su vez, había estimado el interpuesto por la Comunidad Montes Vecinales en Mano Común de la Parroquia de Louredo frente a la resolución del Director Xeral de Urbanismo de la Conselleria de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes de la Xunta de Galicia, por la que se concedió licencia municipal para la plantación de viñedo a una vecina.

La Sala de instancia falla la nulidad de la referida resolución al considerar que los terrenos están clasificados en el planeamiento urbanístico que le es de aplicación como suelo no urbanizable de protección de montes, por lo que, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria primera.1.f) de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, dicha finca queda sometida a lo que para el suelo rústico de protección forestal establece esta misma Ley, que excluye que el uso del viñedo esté comprendido dentro de los admisibles por su protección forestal.

En este mismo argumento insistirá el Tribunal Supremo, para quien la plantación de un viñedo es una actividad agrícola y, por ese motivo, incompatible en este tipo de suelos.

CONSUELO ALONSO GARCÍA
FRANCISCO DELGADO PIQUERAS
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
RUBÉN SERRANO LOZANO
ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

Sumario

1. BIENES LOCALES.

   A) Tribunal Supremo.

   a) Enajenación de bienes locales: admisibilidad de la reversión parcial de los bienes por no destinarse al fin público para el que se donaron.

   B) Tribunales Superiores de Justicia.

   a) Bienes comunales: procedimiento para aprobar las ordenanzas especiales de aprovechamiento comunal.

   b) Enajenación de bienes municipales: el requisito de la autorización previa.

   c) Protección de los bienes municipales: el Inventario municipal de bienes.

2. AGUAS CONTINENTALES.

   A) La derogación por Real Decreto-ley de algunos preceptos de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001, es posible. No se infringe la regulación constitucional de los decretos-leyes, ni ello supone un comportamiento arbitrario, contrario a la seguridad jurídica, o al principio de solidaridad territorial.

   B) Nulidad de la aprobación de un Plan Urbanístico por falta del informe previo de la Confederación Hidrográfica.

   C) Al solicitante de la inscripción de un pozo en el Catálogo de Aguas Privadas de la cuenca que realiza obras para profundizar el mismo debe denegársele tal inscripción, pues el supuesto está contemplado en la legislación de aguas como de necesario pase de las aguas al dominio público mediante el otorgamiento de la correspondiente concesión.

3. AGUAS MARÍTIMAS.

   A) Competencias concurrentes sobre el demanio costero.

   B) El deslinde de costas.

   a) Persigue declarar demanio costero lo que, por naturaleza y consecuente determinación normativa, es tal.

   b) Desafectación de bienes del demanio costero.

   c) Disposiciones Transitorias.

   C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: usos permitidos sobre la servidumbre de protección.

   D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre: discrecionalidad del otorgamiento concesional.

4. PATRIMONIO HISTÓRICO.

   A) La caducidad de los expedientes de declaración de un Bien de Interés Cultural, de acuerdo con el artículo 9.3 de la LPHE, se produce *ope legis* sin necesidad de manifestación expresa.

5. CARRETERAS.

   A) No vulnera la exigencia del artículo 7.1.c) de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, que se apruebe un estudio informativo que no contemple la definición de un enlace. La deficiencia técnica del estudio informativo se complementa con las prescripciones contenidas en el Anteproyecto, el Proyecto de Construcción y el Proyecto de trazado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1.d), e) y f) de la mencionada Ley de Carreteras.

6. MINAS.

   A) Los títulos concesionales están supeditados al respeto de los fines de interés general que la demanialidad busca proteger. El derecho que asiste al concesionario de exigir que no se autoricen o concedan por la Administración otros aprovechamientos del bien demanial sobre el que asienta la concesión de la que es titular, no puede ser invocado de forma apriorística e incondicionada.

   B) Los artículos 55 de la Ley de Minas y 74 de su Reglamento ejecutivo no parten de pautas generales para determinar la compatibilidad entre usos. La regulación legal revela que la declaración de compatibilidad ha de basarse esencialmente en criterios casuísticos. La prioridad entre aprovechamientos mineros no se determina en función del momento de la solicitud cuando se trata de autorizaciones de distinta naturaleza, sino del que resulte preferente para el interés público en caso de incompatibilidad.

7. MONTES.

   A) Artículos 67 y 68 de la ley 43/2003, de Montes. Tipificación de infracciones y sanciones y su prescripción en función del plazo de restauración o reparación de los daños causados.

   B) Alcance del «carácter forestal» «adquirido por la reforestación o repoblación», con sujeción a la legislación de montes. Cualquier terreno que haya adquirido el carácter forestal, esto es, que reúna la condición de monte por vegetar en él esas especie arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, y con independencia de cuál haya sido la causa de dicha vegetación, está sometido a la legislación de montes y al régimen de protección previsto en ella para los terrenos forestales.

8. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO.

   A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua.

      a) Hecho imponible.
      b) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa.
      c) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación.
      d) Imposición y ordenación.
      e) Revisión, reclamaciones y recursos.

   B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja.

      a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas.

C) Aguas marítimas.

a) Tasas por ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

b) Tasas portuarias: reserva de ley.

D) Dominio público local.

a) Tasas por utilización del dominio público local: la cuestión de los operadores de telefonía móvil.

E) Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

a) Universidades.

b) Puertos.

c) Centros de enseñanza.

d) Montes.

F) Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras.

a) Bienes públicos.

---

1. BIENES LOCALES

A) Tribunal Supremo

a) Enajenación de bienes locales: admisibilidad de la reversión parcial de los bienes por no destinarse al fin público para el que se donaron

Se ha dictado la **STS, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.ª, de 14 de noviembre de 2012** (rec. casación núm. 6640/2009). En ella se pronuncia sobre la obligación de devolver el sobrante no utilizado de una finca que había sido donada por el Ayuntamiento para destinarla a la construcción de una residencia comarcal de menores, que efectivamente se había construido. La Sentencia desestima el recurso por las siguientes razones.

En primer lugar, se había realizado una donación a título gratuito del Ayuntamiento a la Comunidad Autónoma de una finca para construir en ella en el plazo de tres años la mencionada residencia. En la escritura de donación se incluyó la referencia a la reversión de la finca en el caso de que no se construyera en el plazo mencionado, pero no se contempló el supuesto de que existieran sobrantes no utilizados, una vez construida. Al no contemplarse la reversión parcial de los terrenos, no cabe su devolución.

En segundo lugar, no cabe entender que desapareció la *ratio efendi* de la donación como consecuencia de la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana y su consideración como suelo urbanizable. Y ello dado que la Comunidad Autónoma no es la que procede a dar un uso distinto a los bienes cedidos, en relación con esos sobrantes, sino que es la propia Corporación local la que decide con la modificación del Plan General su cambio de destino, sin que tenga la Administración autonómica responsabilidad alguna por la aprobación de dicho Plan. Lo contrario supondría dejar a la Corporación local la posibilidad de revocar las cesiones gratuitas que hiciera a través del cambio de uso de estas como consecuencia de las modificaciones que realizara en el planeamiento urbanístico con tal finalidad.

Por último, no cabe apreciar un enriquecimiento injusto como consecuencia de la cuantía económica que recibió del agente urbanizador por la parte de la finca no utilizada. En relación con la existencia de dicho enriquecimiento, en la Sentencia se afirma que la figura del enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento jurídico ha sido desarrollada por la doctrina jurisprudencial y sustentada en el principio general del derecho de que nadie puede enriquecerse injustificadamente, o injustamente, o sin justicia o sin razón, a costa de otro creándose, en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de él, ha enriquecido el suyo.

Tal como se exponía en la Sentencia de esta Sala de 15 de abril de 2002, dictada en el recurso núm. 77/1997, sigue diciendo la STS comentada, la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos desde los años sesenta, viene también admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo, especialmente proyectados, por su naturaleza revisora de la actuación administrativa, a las Administraciones públicas. Pero ya en dos conocidas Sentencias de 22 de enero y 10 de noviembre de 1975 se produce su reconocimiento sobre la base de la concurrencia de ciertos supuestos o requisitos.

Y continúa diciendo la STS comentada que el análisis de la referida jurisprudencia de esta Sala (*cfr*. SSTS, Sala 3.ª, de 30 de abril y de 12 de septiembre de 2001, *ad exemplum*, admitiendo la figura en Derecho administrativo y acogiendo los requisitos elaborados por la Sala 1.ª de este Alto Tribunal) denota una consideración del enriquecimiento injusto como principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta Sala, los que rigen y se aplican a los casos en que es la Administración, eventual o supuestamente empobrecida, la que exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado. Desde la citada Sentencia de referencia de 28 de enero de 1956, según la doctrina de la Sala primera y de esta misma Sala, pueden considerarse como requisitos para la procedencia de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa los siguientes:

a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos.

b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplio sentido siempre, que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre.

c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél. O, dicho en otros términos que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento.

d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento.

Partiendo de los requisitos mencionado, en la STS comentada rechaza que exista un enriquecimiento injusto, al no concurrir las premisas de este. En concreto, no exis-

te un empobrecimiento del Ayuntamiento, ya que la indemnización recibida es a cargo del agente urbanizador; en segundo lugar, esta tiene su causa en una modificación del planeamiento realizada por el propio Ayuntamiento diecisiete años más tarde, y que en ningún momento se ha acreditado un incumplimiento de las condiciones impuestas en la escritura de cesión.

B) Tribunales Superiores de Justicia

a) Bienes comunales: procedimiento para aprobar las ordenanzas especiales de aprovechamiento comunal

Se ha dictado la **STSJ de Aragón, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.ª, núm. 276/2012, de 25 de mayo**, relativa a los casos en que debe seguirse el procedimiento de aprobación de las ordenanzas especiales de aprovechamiento de los bienes comunales regulado en los artículos 183 de la Ley de Administración Local de Aragón y 75.4 del Texto refundido de disposiciones vigentes en materia de régimen local de 1986. Procedimiento en el que se exige un dictamen del Consejo Consultivo de Aragón y aprobación del Gobierno de Aragón.

En concreto, en el citado artículo 183 de la Ley de Administración Local se establece que las ordenanzas locales podrán establecer condiciones de residencia habitual y efectiva y de permanencia en el Municipio para acceder a su disfrute, así como los requisitos que consideren necesarios para acreditar el hecho del cultivo en forma directa y personal y las modalidades de este; y, a continuación, se añade que si estas condiciones supusieran la exclusión de determinados vecinos del aprovechamiento, las ordenanzas serán aprobadas por el Gobierno de Aragón, previo dictamen de la Comisión Jurídica Asesora. Debe señalarse que este último órgano ha sido sustituido por el Consejo Consultivo de Aragón.

Partiendo de esta regulación, en el caso enjuiciado se examina si el Reglamento para el aprovechamiento y disfrute de las tierras del patrimonio comunal tiene que ajustarse a lo previsto en el artículo 183 de la Ley de Administración Local de Aragón y, por tanto, haberse solicitado el dictamen del Consejo Consultivo de Aragón y aprobarse por el Gobierno de Aragón.

A estos efectos el Tribunal tiene en cuenta que en el artículo 1 del Reglamento local se establece que tienen derecho al aprovechamiento de los terrenos que constituyen el patrimonio comunal del Municipio todos los vecinos en los que concurran las siguientes condiciones: estar inscrito en el padrón municipal de habitantes con una antigüedad de al menos un año respecto de la fecha en que, conforme a este Reglamento, se acuerde el inicio de los periódicos procedimientos para la adjudicación de los bienes; y residir de forma efectiva y habitual en el Municipio. Se salvaguardan los derechos de los vecinos que gocen de especial arraigo y que en anteriores repartos hubieran sido beneficiarios de las tierras comunales, y que por motivos justificados (hospitalización, de permanencia en residencias para la tercera edad, necesidad de ser atendidos por terceras personas, etc.) deban por tales causas encontrarse desplazados del Municipio.

Para el Tribunal, del artículo 1 mencionado se deduce que se establecen condiciones que suponen la exclusión de determinados vecinos; y, por tanto, resulta clara la precepti-

vidad de la consulta al Consejo Consultivo y la aprobación por el Gobierno de Aragón. De ahí que anule el Reglamento, sin entrar en los restantes motivos del recurso.

b) Enajenación de bienes municipales: el requisito de la autorización previa

Se ha dictado la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, núm. 938/2012, de 18 de mayo**, en la que se plantea si el Ayuntamiento debe solicitar autorización para la enajenación de 11 parcelas municipales por superar el 25% de los recursos ordinarios del presupuesto. La discusión se centraba en si se trataba de un contrato único y, por tanto, superaba el citado porcentaje, o debía considerarse aisladamente cada una de las parcelas y, en consecuencia, no era necesaria la autorización. La Sentencia considera que se está en presencia de un único contrato, con un único objeto, fin y adjudicatario, por lo que procede la exigencia de autorización.

c) Protección de los bienes municipales: el Inventario municipal de bienes

Se ha dictado la **STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 954/2012, de 31 de octubre**, sobre la denegación de la petición de exclusión de un camino del Inventario municipal de bienes por entender que era privado. La Sentencia considera correcta esa denegación de exclusión por las siguientes razones.

En primer lugar, en la Sentencia se parte de que el Inventario municipal de bienes es un mero registro administrativo que no constituye derecho alguno en favor de las Corporaciones, siendo más bien un libro que sirve de recordatorio constante para que dichas Corporaciones ejerciten oportunamente sus facultades y cuya única trascendencia es crear una apariencia de demanialidad que no prejuzga las acciones civiles que puedan ejercitarse. Asimismo, la jurisprudencia señala que para considerar correcta la inclusión de un bien en dicho Inventario es suficiente con la existencia de indicios de que los bienes tienen naturaleza pública sin necesidad de una prueba acabada o fehaciente, teniendo en cuenta que dicha inclusión no tiene carácter constitutivo, ni supone adquisición dominical alguna, siendo la jurisdicción civil la única competente para pronunciarse sobre cuestiones de propiedad, ello sin perjuicio de la competencia de esta jurisdicción para revisar la legalidad de los actos por los que se catalogan o inventarían bienes como de dominio público tanto en el aspecto formal o procedimental como en los de fondo, atendiendo a la concurrencia de las cualidades que califican como bienes de dominio público a los que han sido objeto de la actividad administrativa, de forma que si la prueba practicada desacredita los indicios de demanialidad que son exigibles a la Administración habrá que tenerla en cuenta a los efectos de determinar si el acto administrativo recurrido es o no conforme a derecho.

Y, en segundo lugar, por no haber acreditado en vía administrativa la procedencia de la alteración en la calificación jurídica del camino que pretende, supuesto en que lo correcto es mantener su inclusión en el Inventario municipal en los términos en los que se encontraba de acuerdo con los criterios establecidos tanto por el Ayuntamiento en el acuerdo que dio inicio al expediente de revisión como por el art. 8 del Reglamento de Bienes de los Entes Locales de 1986. En consecuencia, ante las dudas existentes sobre la calificación jurídica que debe darse al camino en cuestión deben prevalecer los indicios de demaniali-

dad que se derivan de su inclusión en el Inventario desde el año 1997 en que fue confeccionado, sin perjuicio de lo que pueda decidir la jurisdicción civil en el caso de que el actor ejercite las acciones correspondientes.

2. AGUAS CONTINENTALES

A) La derogación por Real Decreto-ley de algunos preceptos de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001, es posible. No se infringe la regulación constitucional de los decretos-leyes, ni ello supone un comportamiento arbitrario, contrario a la seguridad jurídica, o al principio de solidaridad territorial

La **Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2012, de 13 de diciembre** (BOE núm. 10, de 11 de enero de 2013) resuelve el recurso de inconstitucionalidad que interpuso la Generalidad Valenciana, contra el Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional, rechazando los argumentos presentes en tal recurso y afirmando, por lo tanto, la validez de la modificación de la Ley.

Una parte muy importante de la STC está ocupada por el recuerdo de la doctrina del TC establecida en variadas sentencias en torno a las condiciones que habilitan la legitimidad constitucional de los decretos-leyes (singularmente la urgente y extraordinaria necesidad). Ello es una parte que mira, sobre todo, a la teoría de las fuentes del derecho, por lo que debe tener otro lugar dentro de esta revista. En el presente comentario, y sin perjuicio de algunas referencias generales, se mirará solamente a tratar de las cuestiones plenamente insertas en el derecho de aguas (planificación hidrológica y cuestiones de semejante cariz).

Pues bien, en relación a los requisitos propios del decreto ley (la urgencia y la «conexión de sentido» entre la situación de urgencia y las medidas que se adoptan en el decreto-ley) es de destacar en la sentencia las referencias que se hacen al preámbulo del Decreto-ley y a la intervención parlamentaria de la entonces Ministra de Medio Ambiente (*vid.* FJ 5), de las que deduce el TC que la urgencia se justifica en la necesidad imperiosa de suministrar agua a las cuencas deficitarias y hacerlo con unas soluciones técnicas muy distintas (gestión de la demanda, reutilización, desalación) de aquéllas por la que se decantó en su día la Ley del Plan Hidrológico Nacional, esto es el trasvase de aguas desde la cuenca baja del río Ebro a esas cuencas mediterráneas deficitarias. Sobre la corrección o acierto de las decisiones, el TC no tiene nada que decir (FJ 6).

También se contenía en el recurso la imputación de la afección al principio de confianza legítima por la modificación normativa. El TC afirma que, en todo caso, ese principio habría de conjugarse con otros, pero que nunca puede llevar a la petrificación del ordenamiento jurídico ni tampoco a la existencia de posibles perjuicios pues «no cabe… equiparar esa eventual garantía de indemnidad con un pretendido derecho subjetivo a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico» (FJ 6).

También se imputa al Decreto-ley que altera la «regulación del equilibrio territorial hidráulico plasmado en el plan hidrológico nacional», pues se ha prescindido para ello del trámite en el Senado que, «como Cámara de representación territorial, debe intervenir en las grandes cuestiones de vertebración territorial». Frente a ello el TC afirma que el equili-

brio territorial es un objetivo de la política hidráulica y es establecido por el legislador ordinario, carente de todo componente orgánico. Y, por otro lado, que el Senado no intervenga en la convalidación del decreto-ley es, sin más, una decisión constitucional (FJ 7).

También se imputa que, al suprimir el canon del trasvase, se afecta al principio del art. 31 CE del deber de sostenimiento de los gastos públicos. Poco espacio le merece al TC la contestación a esta imputación pues indica, simplemente, que «la supresión del canon de trasvase es una consecuencia lógica de la derogación de los preceptos de la Ley del Plan Hidrológico nacional relativos al trasvase de aguas de la cuenca baja del Ebro» (FJ 7).

También se contenían en el recurso de inconstitucionalidad referencias a la violación de preceptos procedimentales. Así, por ejemplo, que no hubiera existido la intervención autonómica prevista en el art. 131 CE para los planes económicos. La imputación choca con pasada jurisprudencia del TC que ya había establecido que los planes hidrológicos no pertenecían a la planificación económica de carácter general, que es a la que se refiere este precepto de la CE, sino que son una planificación sectorial (FJ 8). De la misma forma, no tiene ninguna importancia que el texto no haya pasado previamente por el trámite del informe del Consejo Nacional del Agua, pues éste es un trámite impuesto por el legislador, no por la Constitución y no susceptible, por tanto, de juicio de constitucionalidad. En todo caso el TC recuerda que el Consejo fue informado del contenido del Decreto-ley a través de su comisión permanente (FJ 8).

También se imputa arbitrariedad (9.3 CE) al Decreto-ley, por haber roto el equilibrio presente en la Ley del PHN. La respuesta del TC es aquí contundente pues, después de recordar la argumentación del recurso de que solo a través de la reproducción de los trámites que precedieron a la Ley del PHN de 2001 se podría asegurar esa coherencia, responde que «falta, sin embargo, una mínima acreditación de esa quiebra de la coherencia del plan hidrológico nacional que vaya más allá de la legítima discrepancia acerca de los medios dispuestos por el Real Decreto-ley para suministrar agua a las cuencas mediterráneas, como también se encuentra ayuna esta argumentación de cualquier consideración sobre los posibles efectos discriminatorios de la Ley del plan hidrológico nacional resultantes de su modificación parcial por la norma provisional de urgencia controvertida» (FJ 9). Además, tras la publicación de la Ley de 2001, se produjeron otros informes (que recuerda el TC que se contienen en el preámbulo del Real Decreto-ley y que, entre otros, se refieren a los provenientes de distintas oficinas de la Comisión Europea, de marzo de 2004, contrarios todos ellos a la solución de trasvase).

Igualmente hay alusiones a la violación del principio de confianza legítima, expropiación de derechos, etc., que son rechazados firmemente por el TC (final del FJ 10).

Finalmente, el recurso se refiere a la violación del principio de solidaridad territorial presente en el art. 138 CE. Sobre todo ello y el sentir, en general, del juicio que el TC puede realizar en este caso, se contienen los siguientes párrafos en el FJ 12 con los que se cierra la sentencia comentada:

> «Hemos de rechazar también este motivo del recurso porque los términos empleados en la demanda para fundamentarlo, no permiten entrar a examinar el fondo del problema planteado, pues la parte actora no ha satisfecho la carga de argumentar, en términos de estricta normatividad constitucional, la efectividad del vicio cuya concurrencia denuncia. No pue-

de, en efecto, entenderse cumplida esa carga cuando las razones aportadas son expresivas tan sólo de la legítima discrepancia política que la actora mantiene con la norma controvertida. Compete al Estado, en tanto que garante de la realización efectiva del principio de solidaridad interterritorial (STC 96/1990, de 24 de mayo), llevar a cabo una asignación de los recursos hidráulicos que tenga presentes las distintas variables —sociales, ambientales, de carácter técnico, entre otras— a considerar, sin que le corresponda a este Tribunal sustituir al legislador estatal, aquí al legislador de urgencia, en el desempeño de esta tarea.

Una vez más debemos subrayar que los cánones a los que hemos de atenernos en el ejercicio de nuestra función jurisdiccional no son tan lazos como para permitir una valoración en términos de oportunidad política o de bondad técnica de las decisiones sometidas a nuestro juicio. Antes bien, estamos obligados a atenernos a un control de esas decisiones que no conlleve la suplantación de funciones atribuidas a otras instancias y que garantice, al mismo tiempo, el adecuado equilibrio de poderes. En el caso que nos ocupa el servicio a esa función exige que nos atengamos a un "control externo" de la racionalidad de las medidas que se controvierten y no a un control estricto de calidad, acaso de perfección, ni a una comparación entre alternativas cuando todas ellas tienen cabida, como aquí sucede, en el texto constitucional».

B) Nulidad de la aprobación de un Plan Urbanístico por falta del informe previo de la Confederación Hidrográfica

Muy poco espacio hace falta para dar información de la decisión presente en la **STS de 13 de diciembre de 2012 (recurso 6544/2010**), que anula la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana del Municipio de Estepona (Málaga), por no haber tenido lugar el informe previo a su aprobación que indica el art. 25.4 TRLA. Al margen de lo anterior, tiene interés la Sentencia en cuanto que relaciona esa intervención contra que también debe tener lugar según la legislación de aguas por parte de los organismos de cuenca: la autorización previa de las utilizaciones del suelo en la zona de policía.

C) Al solicitante de la inscripción de un pozo en el Catálogo de Aguas Privadas de la cuenca que realiza obras para profundizar el mismo debe denegársele tal inscripción, pues el supuesto está contemplado en la legislación de aguas como de necesario pase de las aguas al dominio público mediante el otorgamiento de la correspondiente concesión

La rúbrica de este punto resume perfectamente el contenido de la **STS de 22 de noviembre de 2012 (recurso 6836/2010)**. Efectivamente, durante el tiempo en el que el solicitante tenía pendiente su solicitud de inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca realizó obras en el pozo para aumentar su profundidad, tal y como se acreditó en la sentencia de instancia que indicó como solución jurídica, derivada de la disposición transitoria tercera del TRLA, el otorgamiento de una concesión, o sea la transformación de las aguas presuntamente privadas en aguas de dominio público, solución que fue avalada por la STC 227/1989, de 29 de noviembre. El TC rechaza el recurso de casación por entender que esa es la solución legal y, además, que no se le plantea en el recurso ningún tipo de discusión jurídica sobre el contenido de la sentencia de instancia, sino una mera reproducción de los hechos ya constatados en aquélla.

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Competencias concurrentes sobre el demanio costero

Con ocasión de la declaración de bien de interés cultural hecha por una Comunidad Autónoma en relación a unos astilleros situados sobre el dominio público costero, la **STS de 20 de noviembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 236/2012**, vuelve a pronunciarse sobre la coexistencia de competencias sobre un mismo espacio físico. Y recuerda de nuevo la muy consolidada jurisprudencia constitucional conforme a la cual la titularidad estatal sobre el demanio marítimo no es, *per se*, un criterio de delimitación competencial que sustraiga las competencias que correspondan a otros entes públicos, debiendo resolverse las situaciones de concurrencia mediante el recurso a técnicas de colaboración, coordinación y cooperación. Solo cuando estos cauces resulten insuficientes para resolver los conflictos planteados será preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés social concernido. En este caso concreto, el trato dispensado por la Administración autonómica a la estatal, correspondiente al de un interesado en el procedimiento administrativo de declaración de bien de interés cultural, tuvo como resultado la formulación de alegaciones por parte de la segunda, que aceptó dicha declaración y no reclamó la constitución de ningún instrumento de colaboración interadministrativo que articulara el ejercicio de sus competencias demaniales con las autonómicas. Por esa razón, el TS no considera que el ejercicio de la competencia autonómica sobre patrimonio cultural comprometa la facultad estatal de optar por el mantenimiento o la retirada de las instalaciones correspondientes a unas concesiones próximas a extinguirse, como pretende en el recurso esta Administración; compromiso que tampoco queda acreditado. Desestima así el recurso de casación y confirma la inexistencia de un exceso competencial por parte de la Comunidad Autónoma.

También la **STS de 17 de noviembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2328/2009**, aborda la cuestión, y considera que la aprobación autonómica de un Plan Territorial de Ordenación del Litoral antes de que la Administración estatal apruebe el deslinde de costas no invade las competencias de ésta. Menos cuando la Administración autonómica somete la línea definitoria de la zona objeto del Plan a la que fije el Estado en el deslinde que, en cualquier caso, primará sobre aquélla en caso de discrepancia. Tampoco puede defenderse que la falta de aprobación del deslinde bloquee el ejercicio de las competencias autonómicas, legítimamente asumidas en su Estatuto de Autonomía.

En el mismo orden de cosas, un elenco numeroso de Sentencias (entre otras, **SSTS de 20 de diciembre (cuatro) de 2012, 11 y 16 de enero de 2013, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 2433/2009, 3528/2009, 3601/2009, 4806/2009, 6121/2010, 3860/2009**) manifiestan que los Planes Directores de Sistemas Costeros aprobados por la Comunidad Autónoma de Cataluña, como instrumentos de planeamiento general y alcance supramunicipal que son, vienen materialmente justificados en las determinaciones de la Ley de Costas, que en su artículo 30.1 impone a los planes de ordenación territorial la contención de medidas de protección del demanio en la zona de influencia de 500 metros medidos desde el límite interior de la ribera del mar. Éste es, pues, el fin de dichos Planes: preservar de su transformación y desarrollo los espacios costeros que no han sufrido transformación urbanística y se encuentren clasificados en el planeamiento como suelo no urbanizable o suelo urbanizable no

delimitado para impedir la consolidación de barreras urbanas entre los espacios interiores y los del sistema costero, proteger los valores de este último, garantizar la efectividad de las limitaciones y servidumbres de protección demanial, y mejorar la calidad de vida. Su interés supramunicipal, a la vista de estos fines, queda fuera de toda duda, rechazándose por ello la violación de la autonomía local planteada por los recurrentes.

B) El deslinde de costas

a) Persigue declarar demanio costero lo que, por naturaleza y consecuente determinación normativa, es tal

A través del ejercicio de la potestad de deslinde, pretende declararse —nunca constituirse— como dominio público costero lo que, por naturaleza y posterior determinación normativa, es tal. La condición de terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, olas o filtración del agua del mar no queda acreditada en el supuesto al que aluden las **SSAN 19 y 20 de noviembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 101/2011 y 111/2011**, comprobándose más bien el carácter permanente de la laguna, su composición preferente de aguas pluviales y procedentes de acequias, y su uso habitual como suministro de agua para riego. Por esa razón, se anula la Orden de deslinde en lo referido a estos terrenos, que carecen de naturaleza de demanio costero. Sin embargo, la cadena dunar cercana sí participa de esa naturaleza, sin que el hecho de que hayan sido regeneradas por la acción del hombre para recuperar sus características físicas originales les prive de ella.

b) Desafectación de bienes del demanio costero

A partir de dos sentencias de 5 de noviembre de 2010, el TS acuñó una doctrina en relación con los bienes demaniales conforme a la cual la remisión hecha por el artículo 4.5 de la Ley de Costas al artículo 18 de la misma Ley —referido a la desafectación— implica entender que los terrenos que han perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre no se han de mantener indefinidamente en el dominio público por el solo hecho de que un deslinde practicado antes de la desnaturalización de los terrenos los incluyera en él. A su vez, la remisión del artículo 18 al artículo 17 obliga a afirmar que dichos terrenos, aun habiendo perdido esas características, podrán mantenerse en el demanio, pero solo cuando resulten necesarios para la protección o utilización de este, debiendo justificarse debidamente esta necesidad. Esto no sucede en supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 10 de diciembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 5/2009**, por lo que se anula la Orden de deslinde que los mantuvo en el dominio público sin motivación suficiente, y se obliga a la Administración a practicar uno nuevo en el que, con libertad de criterio, deberá declarar su necesidad para la protección o utilización del demanio o su innecesariedad, a efectos en este último caso de proceder a la desafectación expresa conforme a lo dispuesto en el artículo 18.

c) Disposiciones Transitorias

De conformidad con la Disposición Transitoria Primera.4 de la Ley de Costas, «en los tramos de costa en que esté completado el deslinde del dominio público marítimo a la

entrada en vigor de esta Ley, pero haya de practicarse uno nuevo para adecuarlo a las características establecidas en aquella para los distintos bienes, los terrenos que resulten comprendidos entre la antigua y la nueva delimitación quedarán sujetos al régimen establecido en el apartado primero de esta Disposición —*titularidad de un derecho de ocupación y aprovechamiento por treinta años prorrogables por otros treinta, sin obligación de abonar el canon*— computándose el plazo de un año para la solicitud de la concesión a que el mismo se refiere a partir de la fecha de aprobación del correspondiente deslinde». Esto sucede en el supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 16 de noviembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 184/2011**, de tal manera que se reconoce al recurrente el derecho a la concesión.

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: usos permitidos sobre la servidumbre de protección

El artículo 25.2 de la Ley de Costas establece que solo se permitirán en la zona de servidumbre de protección las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre. Como recuerda la **STS de 21 de diciembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 3035/2010**, no parece que un centro comercial cumpla estos requisitos, pues en ningún caso los hechos consumados (emplazamientos ya ejecutados) suponen la justificación de que no puede existir otra ubicación —dicha justificación debe establecerse desde la génesis de la decisión, en el momento en que se hizo la planificación—, ni el favorecimiento del uso comercial turístico impone su ubicación en zona de servidumbre de protección.

D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre: discrecionalidad del otorgamiento concesional

El carácter discrecional de la concesión de uso privativo del dominio costero es recordado por la **SAN de 30 de noviembre de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 775/2010.** El hecho de que el uso pretendido —legalización de una caseta de guardabotes— desee realizarse en un tramo de costa sito en una zona declara Bien de Interés Cultural por la Comunidad Autónoma no altera dicho carácter, pues en ningún momento implica que todo lo que se ubique en él tenga esa condición, vinculando la decisión de la Administración costera.

4. PATRIMONIO HISTÓRICO

A) La caducidad de los expedientes de declaración de un Bien de Interés Cultural, de acuerdo con el artículo 9.3 de la LPHE, se produce *ope legis* sin necesidad de manifestación expresa

En la **STS de 18 de diciembre de 2012 (recurso núm. 535/2012)** se estudia una supuesta infracción del artículo 9.3 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español. Este precepto —lo mismo que la legislación sectorial autonómica, así el artículo

21.2 de la Ley 4/1999, de Patrimonio Histórico de Canarias— establece un plazo máximo de duración de los procedimientos relativos a la declaración de un BIC e imponen la caducidad cuando dicho plazo se rebasa.

El Tribunal Supremo entiende que se producirá la caducidad del procedimiento haya o no una declaración expresa en tal sentido de la Administración. La caducidad en estos procedimientos iniciados de oficio se produce por el simple transcurso de los plazos señalados en dichos preceptos sin necesidad de su declaración, de tal modo que cualquier interesado puede invocar la caducidad y hacerla valer una vez transcurrido el plazo dentro del cual debiera haberse resuelto el procedimiento.

La doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en la STS de 2 de julio de 2008 resulta clara al afirmar que la caducidad tiene lugar por el mero transcurso del tiempo siempre y cuando se cumplan los requisitos que establezca el precepto aplicable.

Es precisamente la producción por ministerio de la ley, y la innecesariedad de su declaración para que esta produzca efectos, lo que determina la retroactividad de los efectos de la caducidad, pues la misma se produce desde que concurren los requisitos legales exigidos con total independencia de su declaración formal.

En este sentido la Sentencia escogida está en la línea del criterio fijado en recientes sentencias del TS como las de 20 de marzo de 2012 (recurso 4285/2010) o 17 de abril de 2012 (recurso 3734/2009), en las que el TS fija la doctrina sobre la caducidad a tenor del artículo 9.3 LPH.

Considera que esta caducidad opera automáticamente sin necesidad de denuncia de mora. En todo caso, matiza, estas sentencias se refieren a procedimientos de declaración de BIC iniciados con posterioridad a la actual Ley 30/1992 y a la reforma operada en ella en 1999. Así, en la sentencia de 17 de abril, el TS explica previamente que debía apartarse de la interpretación que la Sala venía efectuando de la necesidad de que en los procedimientos de declaración de bienes de interés cultural era precisa la denuncia de la mora una vez transcurrido el plazo para dictar la resolución procedente en los mismos, y ello porque en la mayoría de los supuestos en que se mantuvo esa interpretación los procedimientos de declaración se habían iniciado antes de la entrada en vigor de la modificación de la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Entiende que un cambio de orientación en una determinada línea jurisprudencial es perfectamente posible, sobre todo cuando es claro que la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en relación con la falta de resolución expresa en plazo en procedimientos iniciados de oficio, afecta a procedimientos como los resueltos por la sentencia de instancia que deciden sobre la declaración de bien de interés cultural. Así resulta del artículo 44 de la Ley 30/1992, que tras disponer en su primer párrafo que «En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos», añade en su número 2: «En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92».

La regulación contenida en la Ley 30/1992, que es Ley básica, establece un denominador común que las Comunidades Autónomas han de respetar y, por tanto, es una Ley que condiciona la legislación complementaria autonómica.

En definitiva, el TS concluye que la declaración de caducidad de un expediente de declaración de Bien de Interés Cultural se produce sin necesidad de denuncia de mora, por estar así dispuesto en la normativa básica. La consecuencia lógica de esta doctrina es que la caducidad de un expediente BIC, como es el caso, se produce una vez que transcurren los plazos previstos legalmente para resolver el expediente, sin que dicha resolución se haya producido.

5. CARRETERAS

A) No vulnera la exigencia del artículo 7.1.c) de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, que se apruebe un estudio informativo que no contemple la definición de un enlace. La deficiencia técnica del estudio informativo se complementa con las prescripciones contenidas en el Anteproyecto, el Proyecto de Construcción y el Proyecto de trazado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1.d), e) y f) de la mencionada Ley de Carreteras

La **STS de 20 de diciembre de 2012 (recurso núm. 4139/2009)** resuelve un recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. La Sentencia había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la referida Corporación local contra la desestimación presunta del requerimiento de anulación formulado contra una resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras y Planificación, por la que se aprobaba el expediente de información pública y aprobación definitiva del estudio informativo de clave EI-1-PO-20: «Autovía A-57: Pontevedra-Conexión A-52».

A los efectos que nos importa, destaca que el recurrente considera que dicha resolución administrativa vulneraba el artículo 7.1.c) de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, que exige que los estudios informativos definan, en líneas generales, el trazado de las carreteras. En la Sentencia el TS considera que del citado precepto no se infiere que deba declararse la nulidad de un estudio informativo —como el del caso de la Sentencia—, por no contemplar la definición de un enlace —el de p.k. 6+000 con la N-550—. Considera el Tribunal que no puede apreciarse que dicha deficiencia técnica tenga la entidad requerida para contravenir la concepción global del trazado de la Autovía proyectada, teniendo en cuenta que el estudio informativo se complementa con las prescripciones contenidas en el Anteproyecto, el Proyecto de Construcción y el Proyecto de trazado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1.d), e) y f) de la mencionada Ley de Carreteras.

Descarta que la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, al resolver que el estudio informativo EI-1-PO-20 «Autovía A-57: Pontevedra-Conexión A-52» cumple los presupuestos expuestos en el artículo 7.1.c) de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, contradiga la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en Sentencias como las de

30 de marzo de 2004 (RC 159/2000), 24 de octubre de 2007 (RC 8663/2993) y 26 de septiembre de 2008 (RC 260/2006), puesto que no se desprende que se produzca infracción del artículo 25 del Reglamento General de Carreteras, en relación con la aprobación de estudios informativos que contengan algún elemento de indefinición del trazado en un concreto punto kilométrico, ya que no cabe eludir que «el estudio informativo constituye una fase procedimental preliminar vinculada a la fase del proyecto del trazado de la carretera de carácter sustancial, que se incardina en el complejo *iter* procedimental que debe seguirse en la construcción de una carretera estatal, que integra las fases de planificación, proyección y construcción, y que se formaliza a través de la aprobación de forma consecutiva de diversos documentos complementarios».

6. MINAS

A) Los títulos concesionales están supeditados al respeto de los fines de interés general que la demanialidad busca proteger. El derecho que asiste al concesionario de exigir que no se autoricen o concedan por la Administración otros aprovechamientos del bien demanial sobre el que asienta la concesión de la que es titular, no puede ser invocado de forma apriorística e incondicionada

La **STS de 31 de octubre de 2012 (recurso núm. 5924/2009)** resuelve un recurso de casación cuyo origen está en la impugnación por una mercantil de una Orden Ministerial, por la que se le había denegado la concesión de ocupación de terrenos de dominio público marítimo terrestre (mar territorial) para la instalación de ocho parques eólicos frente a la costa de Vinarós (Castellón).

En realidad, en el supuesto no se planteaba un problema relativo a una concesión minera, pero para resolver el problema de fondo se invoca a título comparativo la posibilidad prevista en la Ley de Minas y en otras normas que regulan bienes de dominio público acerca de que sobre un mismo terreno de naturaleza demanial convivan varias concesiones. Es por ello que el razonamiento al respecto que realiza el TS se puede extrapolar al ámbito de las concesiones mineras que ahora importa.

El TS comienza indicando que una contemplación panorámica de la regulación jurídica de los bienes públicos permite verificar que no faltan normas que prevén la posibilidad de usos privativos coincidentes sobre el demanio, o que al menos parten de la asunción de tal posibilidad. Con carácter general, la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (que constituye el sustrato de todo el Derecho de los bienes demaniales, artículo 4.4) contempla tal hipótesis en su artículo 67, cuando regula las llamadas «afectaciones concurrentes» en referencia a la afectación de los bienes demaniales a distintos fines siempre y cuando sean compatibles entre sí. Incluso el artículo 85 de la misma Ley, cuando define el llamado «uso privativo», no excluye la hipótesis de la compatibilidad y coincidencia de usos, pues dispone este precepto en su apartado 3.º que «es uso privativo el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados», contemplando así de forma expresa la posibilidad de un uso privativo no propiamente excluyente sino únicamente «limitativo» de la utilización del bien demanial por terceros. Otras normas sectoriales prevén y regulan de forma expresa la coexistencia de títulos concesionales sobre el mismo terreno. Es el caso paradigmático de la

Ley de Minas de 1973, que se refiere a los aprovechamientos compatibles en sus artículos 22 y 36, preceptos que regulan la simultaneidad espacio-temporal de títulos concesionales sobre la base de la compatibilidad de los aprovechamientos correspondientes.

Ciertamente, a través del título concesional la Administración confiere al concesionario un haz de derechos y facultades teleológicamente ordenados, en cuanto que orientados al cumplimiento de un fin que se reputa idóneo para la satisfacción del uso general o servicio público al que los bienes demaniales están destinados (artículo 6 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas). No es, pues, la posición jurídica del concesionario equiparable a la propia del «dueño útil» de un bien inmueble que decide libremente sobre su destino económico en tanto la concesión esté vigente, sino que el despliegue operativo de su derecho concesional está condicionado por la normativa rectora del bien demanial concernido, por el clausulado del título concesional y, en definitiva, por la satisfacción del interés público al que se orienta la concesión. Por eso, el concesionario no ostenta un derecho incondicionado de exclusividad de aprovechamiento del espacio físico sobre el que su concesión se asienta, sino que debe tolerar y franquear las actuaciones sobre el mismo espacio que no obstaculicen el normal desenvolvimiento de su concesión y por ende permitan satisfacer el interés general al que el demanio sirve en términos compatibles con el legítimo desenvolvimiento de la concesión preexistente.

En suma, los títulos concesionales están supeditados al respeto de los fines de interés general que la demanialidad busca proteger. Desde esta perspectiva ha de matizarse el derecho que asiste al concesionario de exigir que no se autoricen o concedan por la Administración otros aprovechamientos del bien demanial sobre el que asienta la concesión de la que es titular, pues no es ese un derecho que pueda ser invocado de forma apriorística e incondicionada. Podrá, sí, esgrimir válidamente su derecho y oponerse a los aprovechamientos proyectados en la medida que esos aprovechamientos sobrevenidos afecten desfavorablemente al normal desarrollo de su derecho concesional preexistente, pero no cuando el uso contemplado responde, asimismo, a una finalidad de interés público y además se revela compatible con el ya existente y por tanto inofensivo hacia este, pues, si es así, no hay razones sólidas para rechazar la posibilidad del aprovechamiento compatible, en la medida que realmente no exista ninguna afección negativa sobre los derechos del primer concesionario y se cumpla la finalidad esencial de la gestión del dominio público, que es el servicio del interés general, el cual se satisface más y mejor si se abre la puerta a la permisión de una compatibilidad de usos del demanio que redunde en una mayor eficiencia económica de la explotación del bien concernido sin merma de la finalidad pública a que la demanialización del bien se vincula.

B) Los artículos 55 de la Ley de Minas y 74 de su Reglamento ejecutivo no parten de pautas generales para determinar la compatibilidad entre usos. La regulación legal revela que la declaración de compatibilidad ha de basarse esencialmente en criterios casuísticos. La prioridad entre aprovechamientos mineros no se determina en función del momento de la solicitud cuando se trata de autorizaciones de distinta naturaleza, sino del que resulte preferente para el interés público en caso de incompatibilidad

La **STS de 19 de noviembre de 2012 (rec. núm. 4584/2009)** resuelve el recurso de casación contra una Sentencia puesta por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de

Justicia de Canarias. El asunto traía causa del recurso contencioso-administrativo interpuesto por una mercantil contra una resolución de la Viceconsejería de Industria y Nuevas Tecnologías del Gobierno de Canarias que resolvía el recurso de alzada contra una resolución de la Dirección General de Industria y Energía que declaraba la compatibilidad de trabajos del permiso de investigación PI-116 San Rafael con la autorización de Explotaciones mineras A-141, A-182, A-250, A.-377 y A-378.

El acto administrativo recurrido declaraba la compatibilidad de la actividad de investigación y los aprovechamientos mineros y, a la vez, la prohibición para la titular de aquélla de efectuar trabajos en el perímetro ocupado por los últimos. La entidad demandante alegaba la incoherencia de estas decisiones. Entendía que si los trabajos de investigación y de explotación eran compatibles, carecía de sentido la prohibición, pues ésta solo tendría objeto si hubiera sido declarada la incompatibilidad. Por ello solicitó que fuera anulado el acto recurrido, declarada la incompatibilidad y la prioridad del permiso de investigación sobre los demás aprovechamientos.

Al plantear el recurso ante el TS la recurrente denuncia la infracción del artículo 55, en relación con el 44, de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, y del 74 de su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto. Dichos preceptos regulan la declaración de compatibilidad de los trabajos mineros que concurran en la misma superficie. En concreto, el artículo 44 define el contenido de los permisos de investigación, y el artículo 55 regula el destino de las solicitudes de permisos de investigación dentro del perímetro de otras autorizaciones de las secciones A) o B), lo que reitera el artículo 74 del Reglamento. Estos dos últimos preceptos establecen la necesidad de declarar la compatibilidad o incompatibilidad y, en este último caso, qué trabajos son prevalentes para el interés público. De serlo las autorizaciones de explotación, «no se concederá la facultad de ocupación de los terrenos comprendidos dentro de su perímetro para efectuar trabajos correspondientes a permisos de investigación».

La recurrente considera que si la resolución administrativa excluyó del permiso de investigación las superficies de las autorizaciones de la Sección A), debió declarar también la incompatibilidad de los trabajos, más aún cuando recaen sobre el mismo mineral: el basalto.

En orden a resolver el asunto, el TS explica que la compatibilidad entre aprovechamientos mineros aparece regulada en los artículos 22, 36 y 55 de la Ley de Minas y en los correlativos artículos 29, 55 y 74 del Reglamento, previendo tres supuestos: primero, las solicitudes de aprovechamiento de la sección A) dentro del perímetro de un permiso de investigación o de autorizaciones para el aprovechamiento de recursos de las secciones B) y C); segundo, las solicitudes de aprovechamientos de recursos de la sección B) dentro del perímetro de una autorización de explotación de recursos de la sección A), de la sección B) de distinta naturaleza o de un permiso de investigación o una concesión de explotación de recursos de la sección C), y, tercero, las solicitudes de permisos de investigación en terrenos afectados por alguna autorización de explotación de recursos de las secciones A) o B). Estas normas se completan con las contenidas en otros preceptos, como son el artículo 37 del Reglamento para la explotación de recursos de la sección A) declarados de interés nacional, o los artículos 5 y 7 de la Ley 54/1980, de 5 de noviembre, de modificación de la Ley de Minas, en lo que respecta a los recursos de la sección D).

El TS entiende que aquellos preceptos, y en particular los artículos 55 de la Ley de Minas y 74 de su Reglamento ejecutivo, que son los que aquí interesan, no parten de pautas generales para determinar la compatibilidad, entre las que se hallaría el hecho de recaer sobre el mineral que propugna la recurrente. Por el contrario, la regulación legal revela que la declaración de compatibilidad ha de basarse esencialmente en criterios casuísticos, como prueba su fundamento en elementos discrecionales de carácter técnico y, sin duda, la previa «confrontación sobre el terreno» que prevé el artículo 29 del Reglamento.

En el caso —como había advertido la Sala de instancia—, el parecer técnico del Jefe del Servicio era favorable a la compatibilidad por el modo concreto en que se prevé efectuar las labores de investigación, siendo éste un criterio dotado de las ventajas de objetividad e imparcialidad de los informes emitidos por los técnicos de la Administración.

Por ello, en tanto que la valoración de la prueba no es revisable en casación, y a falta de toda prueba de la misma naturaleza técnica que desvirtúe la que ha producido la convicción de la Sala, concluye que los aprovechamientos son compatibles.

Además, en la Sentencia el TS deja claro que la prioridad entre aprovechamientos mineros no se determina en función del momento de la solicitud cuando se trata de autorizaciones de distinta naturaleza, sino del que resulte preferente para el interés público en caso de incompatibilidad. Ya declaramos en nuestra Sentencia de 29 de septiembre de 1994 (RA 725/1992) que el enfrentamiento de aprovechamientos «debe resolverse no por el principio de prioridad en la solicitud (que era el aceptado por la vieja Ley de Minas de 1944), *"sino por el principio de prevalencia del mayor interés o utilidad pública que la nueva Ley de Minas establece [...]"*».

Por ello dispone el artículo 22.1 de esta Ley que *«si dentro del perímetro de un permiso de investigación [...] se solicitara autorización para recursos de la sección A), antes de concederse esta última deberá declararse la compatibilidad de los trabajos respectivos, con audiencia de las partes interesadas [y] Si fueran declarados incompatibles, deberán determinarse los que son de mayor interés o utilidad pública, que serán los que prevalezcan»*.

La prioridad temporal queda restringida a los supuestos previstos en los artículos 60.1, 66.2 y 84.2 del citado Reglamento, relativos a los permisos de exploración e investigación y concesiones directas de explotación, preceptos que se corresponden con los aprovechamientos mencionados en el artículo 77 de la Ley de Minas y 100 del Reglamento. Estos dos últimos artículos establecen que en el libro registro se inscribirán, *«por el riguroso orden en que fueren presentadas», «las solicitudes de permisos de exploración, de permisos de investigación y de concesiones directas de explotación»*.

7. MONTES

A) Artículos 67 y 68 de la Ley 43/2003, de Montes. Tipificación de infracciones y sanciones y su prescripción en función del plazo de restauración o reparación de los daños causados

En el recurso resuelto por la **STSJ de Cantabria de 8 de noviembre de 2012 (recurso núm. 154/2011)** se había impugnado un Acuerdo del Consejo de Gobierno del Gobierno

de Cantabria, por el que se había desestimado un recurso de alzada interpuesto contra una Resolución de la Consejería de Desarrollo Rural, Ganadería, Pesca y Biodiversidad por la que se imponía a la recurrente una sanción pecuniaria y la obligación del pago de los daños y perjuicios a favor de una Junta Vecinal y del Fondo de Mejora del Monte número 56 del Catálogo de Utilidad Pública.

Se había encontrado a la recurrente culpable del incumplimiento de las disposiciones que regulan el uso del fuego en los montes, dictadas en materia de prevención y extinción de incendios. Se había concluido que no había adoptado las precauciones exigibles para llevar a cabo una quema controlada autorizada. A consecuencia de ello un fuego se había propagado a una finca colindante y afectado a una parcela de 7,20 hectáreas de eucalipto de cinco años de edad de un monte de utilidad pública.

La recurrente impugna esta decisión ante el TSJ e invoca como motivos de impugnación: la prescripción de la infracción, al incoarse el expediente habiendo transcurrido un año desde que acaecieron los hechos; la incorrecta calificación como grave de la infracción. Asimismo, impugna la valoración de daño, considerando que es excesiva.

La Sala examina los motivos de recurso esgrimidos por la actora. Entiende que los hechos ocurridos se subsumen en el supuesto regulado en el apartado e) del artículo 67 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes y, en consecuencia, que su clasificación como infracción leve o grave viene determinada en función del plazo de restauración o reparación, según se fije como inferior a seis meses —en cuyo caso la infracción será leve—, o superior a seis meses, pero inferior a diez años —en cuyo caso la infracción será considerada grave—.

Por tanto, la importancia de la calificación no sólo incide en el importe de la sanción, sino además en el plazo aplicable de prescripción que, en el caso que nos ocupa, y dado que entre la fecha en que la infracción se cometió (17 de mayo de 2007) y la fecha de incoación del expediente sancionador (1 de febrero de 2010) ha transcurrido más de un año y menos de tres, de calificar los hechos como infracción leve estarían prescritos, y de ser calificados como infracción grave no habrían prescrito aún.

El Tribunal explica que es el artículo 68 de la ley de Montes el que marca la fijación de la gravedad de la infracción, residenciándolo en el plazo de reparación o restauración de los daños forestales ocurridos.

En el caso, el TSJ no consideró que se hubiese producido la prescripción de la infracción atendiendo a su acertada calificación como grave dados los daños causados y el tiempo de restauración de estos, así como en la necesidad de aceptar la cuantificación de la indemnización llevada a cabo por la propia Administración al no haber informe técnico que conduzca a otra consideración.

Se produjo, no obstante, un voto particular por uno de los Magistrados, que entiende que existen dudas para considerar acertada la calificación de la infracción como grave. Estima que debía haberse considerado leve y, por tanto, debería haberse entendido prescrita la infracción.

B) Alcance del «carácter forestal» «adquirido por la reforestación o repoblación», con sujeción a la legislación de montes. Cualquier terreno que haya adquirido el carácter forestal, esto es, que reúna la condición de monte por vegetar en él esas especie arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, y con independencia de cuál haya sido la causa de dicha vegetación, está sometido a la legislación de montes y al régimen de protección previsto en ella para los terrenos forestales

La **STS de 18 de diciembre de 2012 (recurso núm. 7020/2010)** resuelve un interesante recurso de casación en el que se recuerda qué circunstancias determinan el carácter forestal de un terreno.

El hecho trae causa del convenio firmado el 23 de octubre de 1964, entre el entonces propietario de una finca y el Patrimonio Forestal del Estado. Se trataba de un consorcio para la repoblación forestal de la finca, conocida por «Coto de Ascoy», sita en un término municipal de Murcia. En la base adicional quinta del Consorcio se había pactado que el propietario pudiese en cualquier momento, y a partir de los cinco años de realizada la repoblación y obras del consorcio, solicitar la reversión del vuelo, sin que aún el Patrimonio Forestal del Estado hubiera percibido nada por los beneficios del vuelo arbóreo. En tal caso, las cantidades invertidas por el Patrimonio Forestal del Estado tendrían carácter de anticipo, valoradas en el precio que tenían en el momento en que se hizo la entrega y análogamente en el momento del reintegro.

En 2006 la empresa mercantil entonces propietaria de la finca solicitó, al amparo del mencionado pacto, la extinción del consorcio forestal y la correlativa reversión del vuelo ante la Consejería murciana competente, que resuelve dar por rescindido el Consorcio, bajo dos condiciones:

1.º Que la mercantil ingresara en los plazos y términos que se establecen en el Reglamento de Recaudación, a nombre de la Comunidad Autónoma, una cantidad como liquidación y abono de las inversiones efectuadas, mediante el documento para formalizar el ingreso, que oportunamente se le notificará.

2.º Que el carácter forestal adquirido por la reforestación o repoblación en virtud del consorcio sea mantenido con sujeción a la legislación de montes.

A la vista de las condiciones impuestas la mercantil titular de la finca interpone recurso contencioso-administrativo dirigido contra la decisión de la Consejería murciana, alegando, entre otras cosas, la contravención de la normativa de Montes.

A la hora de resolver el recurso, el TS realiza unas interesantes consideraciones sobre la significación que ha de darse a que la finca tiene *«carácter forestal» «adquirido por la reforestación o repoblación»*, así como sobre el alcance que ha de darse a esa declaración que incluye que *«sea mantenido con sujeción a la legislación de montes»*.

Lo primero que advierte el Tribunal es que una lectura conjunta de los primeros seis artículos de la Ley 43/2003 permite advertir que la expresión *«forestal»* se utiliza en dicha norma para denominar todo lo relativo a los *«montes»*, y que esta última expresión encarna un concepto legal constituido por *«todo terreno en el que vegetan especies forestales arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, que cumplan o puedan cumplir funciones ambientales, protectoras, culturales, paisajísticas o recreativas»*.

Recuerda el TS que el objeto de la Ley de Montes es: *«garantizar la conservación y protección de los montes españoles, promoviendo su restauración, mejora, sostenibilidad y aprovechamiento racional, apoyándose en la solidaridad colectiva y la cohesión territorial».*

Además, explica que la razón de esa especial regulación de los Montes en la Ley se explicita en los primeros párrafos de la propia Exposición de Motivos (que reproduce la Sentencia).

Resalta que la anterior Ley de Montes de 1957, bajo cuya vigencia se había firmado el consorcio forestal litigioso, había perseguido la protección, conservación y mejora de los montes y había dedicado uno de sus títulos a la repoblación forestal. Ahí había diferenciado entre una repoblación voluntaria y una repoblación obligatoria. El consorcio quedó configurado como un mecanismo por el que el Estado asumía la repoblación de montes de propiedad pública o privada. Un mecanismo por el que se constituía a favor de dicho Estado un derecho real de vuelo que lo facultaba, mientras durara el contrato, para poseer el monte, repoblarlo y aprovechar su arbolado (artículo 287 del Reglamento de 1962).

En atención a todo lo anterior, el TS señala que cualquier terreno que haya adquirido el carácter de forestal, esto es, que reúna la condición de monte por vegetar en él esas especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, y con independencia de cuál haya sido la causa de dicha vegetación, está sometido a la legislación de montes y al régimen de protección previsto en ella para los terrenos forestales.

Considera que el objeto específico de esa protección es la riqueza forestal, por la enorme importancia que tiene para todos esos intereses económicos y sociales, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible, según esa declaración de las Naciones Unidas con la que se inicia la Exposición de Motivos de la Ley 43/2003.

La constatación de la realidad forestal del terreno es independiente de que el origen de su forestación o reforestación haya sido o no un consorcio, y a ello ha de sumarse que esa constatación corresponde a los órganos de la Administración forestal. En consecuencia, rechaza *in totum* los motivos de casación pretendidos por la recurrente.

8. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) Hecho imponible

Continúa resolviéndose en los tribunales la conflictividad entre el Canal de Isabel II y el organismo de cuenca. En la sentencia que ahora se comenta [**sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de octubre de 2012 (recurso núm. 420/2011)**], la empresa pública madrileña insiste en que no ha podido disponer de cantidad de agua alguna procedente del río Tajuña, a través de las obras del sistema de abastecimiento de agua potable Almoguera-Mondéjar. Pero, como se explica en la sentencia, la obra determinante de los cánones y tarifas se puso teóricamente en funcionamiento en 2003 —años antes de aquel al que

corresponde la liquidación tributaria—, y son los desajustes entre el Canal de Isabel II y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para concluir determinadas obras adicionales los que han supuesto que la disponibilidad de agua no se convierta en utilización real. Ello no afecta al devengo de estas tasas.

b) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa

El **Tribunal Supremo** dicta cuatro nuevas **sentencias de 15 de noviembre de 2012 (recursos núm. 5066/2010, 5111/2010, 5930/2010 y 2288/2011)** en las que ratifica su doctrina acerca del sometimiento a los cánones de regulación y tarifas de aquellos operadores obligados al pago, además, del llamado canon de pie de presa, adjudicatarios de la explotación hidroeléctrica de saltos de agua.

c) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación

Como se sabe, desde la sentencia de 20 de junio de 2012, comentada en el número anterior de esta revista, el TS ha resuelto la controvertida situación creada por el traslado sobre los usuarios de la parte de las inversiones financiadas con el Fondo de Cohesión o en general con fondos estructurales a través de los cánones de regulación y tarifas de utilización del agua. Y lo ha resuelto en el sentido de considerar no ajustada a derecho la repercusión sobre los usuarios. Pues bien, la Audiencia Nacional no parece haberse apercibido de la situación y continúa desestimando los recursos deducidos por los usuarios [*cfr*. **Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de noviembre de 2012 (recurso núm. 465/2011)**].

El **TSJ de Madrid** estima el recurso presentado por la Mancomunidad de Municipios Depuradora de Baños mediante la **sentencia de 30 de octubre de 2012 (recurso núm. 373/2010)**. La liquidación recurrida se calculó a partir de la estimación del volumen, multiplicando el caudal de agua solicitado (90 litros/segundo) por los segundos del año, lo que da lugar a la cifra de 2.838.240 metros cúbicos de agua para todo el año. La reclamante señalaba que si el volumen de agua consumido por la mancomunidad fuese de 90 l/s, y teniendo en cuenta que contaba con 4.104 habitantes, resultaría un consumo por persona en litros por día desmesurado, ya que la media de consumo de agua en Extremadura es de 166 litros por habitante y día, siendo el consumo real de la mancomunidad en el año de 820.866 metros cúbicos, unos 200 litros diarios por persona. Añadía que la mancomunidad de municipios de Baños no es titular de derechos de uso del agua al no ser concesionaria ni del aprovechamiento de riego ni del abastecimiento y que nunca solicitó el volumen de agua que se tiene en consideración. Este último fundamento no se tiene en cuenta, dado que aunque en efecto no sea titular de concesión para el aprovechamiento de agua, es beneficiaria del sistema. Lo que se liga a que figura en el expediente una solicitud de caudal presentado por la Junta de Extremadura para el abastecimiento de la población residente en los municipios integrados en la Mancomunidad demandante. Y aunque no hay duda de que esa solicitud de caudal no fue formulada por la Mancomunidad recurrente, es incuestionable que ha servido para realizar el abastecimiento. Pero una cosa es eso y otra que se pueda liquidar el tributo sobre esa base. Reproduzco el párrafo que sirve a la sala para formalizar la estimación del recurso:

> «Los preceptos transcritos ponen de relieve que el valor unitario aplicable a cada sujeto obligado tiene que garantizar un reparto equitativo de los costes en función de los beneficios, para lo cual la norma reglamentaria permite utilizar diversos criterios, entre ellos, en lo que aquí interesa, el caudal o el consumo del agua, elección que no es discrecional para la Administración toda vez que, como se ha dicho, el método elegido tiene que servir para efectuar un reparto equitativo entre los beneficiarios.
>
> En este sentido, el criterio empleado por la CHT para determinar la base imponible (caudal de agua solicitado) implica un consumo de agua por habitante que resulta totalmente desproporcionado a la vista de los datos de población y de consumo certificados por el Secretario de la Mancomunidad de Municipios Depuradora de Baños (documentos 2 y 4 de la demanda), datos que no han sido impugnados ni desvirtuados por la parte demandada. Además, ese caudal de 90 litros/segundo no fue solicitado por la Mancomunidad actora, por lo que no queda vinculada por tal solicitud a efectos de fijar la base imponible. Una cosa es que la solicitud formulada por la Junta de Extremadura —realizada sin duda en beneficio de los municipios que constituyen la mancomunidad— sirva de base para el suministro del agua y convierta a la mancomunidad en sujeto pasivo del canon, y otra muy distinta que tenga que pagar el canon en función de un caudal desorbitado, pues ello implica la vulneración del reparto equitativo de costes exigido por el art. 114.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001 y por el art. 301 del Real Decreto 849/1986, no siendo admisible que la base imponible se fije por un caudal de 2.838.240 metros cúbicos cuando el consumo de todo el año 2004, según datos certificados y no rebatidos, es de 820.866 metros cúbicos».

d) Imposición y ordenación

Uno de los asuntos que genera litigios con más frecuencia es el de la fecha límite para aprobar los cánones y tarifas, con acusaciones frecuentes de retroactividad intolerable.

En el período de análisis, el **TSJ de Extremadura** ha seguido estimando recursos por causa de la retroactividad del acuerdo de imposición, en relación con acuerdos adoptados en el año de devengo o fuera incluso del año de la campaña. *Cfr*. las **sentencias de 23 y 25 de octubre de 2012 (recurso núm. 1552/2010 y 1573/2010) y de 27 de noviembre de 2012 (recurso núm. 163/2011).** También puede reseñarse la **sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 6 de julio de 2012 (recurso núm. 519/2010).**

e) Revisión, reclamaciones y recursos

El **TSJ de Castilla y León, Valladolid**, mediante **sentencia de 15 de octubre de 2012 (recurso núm. 737/2009)**, anula la resolución el TEAR que había inadmitido la reclamación económico-administrativa. Se trataba de un acto recaudatorio llevado a cabo por una comunidad de regantes sobre uno de sus miembros. Al entender de la sala, teniendo en cuenta que en la cantidad que se le reclamaba al ahora demandante se incluían los cánones y tarifas del artículo 114 del TRLA, rechaza que no existieran elementos tributarios que justificasen la intervención de la jurisdicción económico-administrativa.

B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja

a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas

La naturaleza jurídico-financiera de la aportación de los consumidores por la distribución de agua —tasas, precios, tarifas— ha sido un tema de cierta moda, vinculado a la evolución jurisprudencial y a algunos cambios legales. La **sentencia del TS de 24 de septiembre de 2012 (recurso núm. 4788/2010)** vuelve a incidir en la cuestión, declarando no haber lugar al recurso de casación formulado por la empresa suministradora sobre la base de que se había procedido correctamente al tratarse de un precio público y no de una tasa. El Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación, sobre la base de la doctrina fijada en los últimos años. Se debatían cuestiones relativas al procedimiento de aprobación de las tasas, que no se había seguido.

La **sentencia del TS de 3 de diciembre de 2012 (recurso núm. 4354)** desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias en relación con la tasa de suministro de agua de un ayuntamiento canario que no había tramitado la solicitud de autorización por la comisión de precios. Como viene diciendo el TS, tratándose de tasas, este trámite es innecesario.

C) Aguas marítimas

a) Tasas por ocupación del dominio público marítimo-terrestre

El **TSJ de Cantabria** desestima, mediante **sentencia de 3 de octubre de 2012 (recurso núm. 511/2011)**, el recurso deducido por el Ayuntamiento de Santander en relación con el Balneario de la Magdalena, por estar disconforme con la superficie computada. Se cuestiona si se debe considerar el suelo ocupado por el edificio que realiza la explotación de la concesión o a partir de la superficie de la parcela donde se asienta tal edificio que, lógicamente, no está ocupada por el edificio por completo. Sera está última la que la sala entienda correcta. Asimismo, se rechazan las alegaciones referidas a la previsión de beneficios, aspecto que legalmente afecta a la cuantía de la tasa, y que no puede ser desvirtuado con la mera presentación de los datos de ejercicios anteriores.

b) Tasas portuarias: reserva de ley

Siguen siendo muy numerosas las sentencias relativas a las tarifas portuarias, atendiendo a la que debe ser su verdadera naturaleza (tasas). Por referir un caso reciente, mencionaremos la **sentencia del TS de 20 de septiembre de 2012 (recurso núm. 1768/2004)**. Desde otro punto de vista, sentencias como la **de 30 de octubre de 2012 (recurso núm. 5695/2010)** rechazan la acción emprendida por las empresas afectadas dirigida a obtener una indemnización por la responsabilidad del Estado legislador. Echa de menos el Alto Tribunal la acreditación de un detrimento patrimonial que pueda calificarse de daño real y efectivo, ya que la inconstitucionalidad de las leyes portuarias incide en la habilitación para la exigencia de tarifas sin alterar la situación patrimonial de la recurrente.

D) Dominio público local

a) Tasas por utilización del dominio público local: la cuestión de los operadores de telefonía móvil

En números anteriores de la revista se daba cuenta de la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, que resuelve cuestión prejudicial interpuesta por tribunales españoles en relación con las tasas municipales por utilización del dominio público, calculadas en función del volumen de ingresos territorializados, y que afectaban a las empresas de telefonía móvil. Una vez que el TJUE advirtió que únicamente puede ser configurados como deudores de «cánones» por derechos de instalación de recursos el titular (y propietario) de estos, no pudiendo, por tanto, serle exigido a quienes no reúnen dicha condición, están siendo centenares las sentencias españolas que se están dictando, atendiendo a los argumentos de las empresas del sector.

Por todas, señalaremos una: la **sentencia del TS de 7 de diciembre de 2012 (recurso núm. 2800/2011)**.

E) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

a) Universidades

El Ayuntamiento de Cerdanyola del Vallés interesó la obtención de una compensación del Estado por las exenciones para los inmuebles universitarios, en este caso de la Universidad Autónoma de Barcelona. El **TSJ de Madrid** rechaza su pretensión mediante **sentencia de 24 de octubre de 2012 (recurso núm. 770/2011)**. Se basa en la doctrina del TS y recuerda que la actual declaración legal de exención se limita a mantener los beneficios fiscales ya establecidos en leyes anteriores.

b) Puertos

La **sentencia del TSJ de Asturias de 24 de octubre de 2012 (recurso núm. 223/2012)** rechaza la no sujeción demandada por la autoridad portuaria en relación con los inmuebles en los que se ubica el Puerto de Gijón. Dice que la no sujeción es cuestión que excede de la gestión tributaria y que pertenece a la esfera de la gestión catastral, por lo que tendrá que ser resuelta en su caso con la Administración del Estado.

Siguiendo la doctrina del TS, la **Audiencia Nacional** considera que todo el dominio público marítimo-terrestre pertenece al Estado, y que los puertos de competencia de las CC.AA. siguen conservando titularidad estatal y se encuentran meramente adscritos a aquéllas, por lo que rechaza que la Agencia Pública Puertos de Andalucía sea el sujeto pasivo del puerto de Ayamonte **[sentencia de 5 de julio de 2012 (recurso núm. 428/2011)]**.

c) Centros de enseñanza

El **TSJ de Madrid** rechaza, mediante **sentencia de 6 de septiembre de 2012 (recurso núm. 1268/2011)**, la aplicación de la exención prevista para los bienes públicos afectos

directamente a los servicios educativos a la «futura» sede del Centro Nacional de Artes Visuales, por la falta de acreditación actual de esa afectación.

d) Montes

El **TSJ de Castilla y León, Burgos**, mediante **sentencias de 21 de septiembre de 2012 (recurso núm. 84/2012) y de 5 de octubre de 2012 (recurso núm. 83/2012)**, da la razón al Ayuntamiento y rechaza la exclusión de tributación de una serie de construcciones de la titularidad del Organismo Autónomo Parques Nacionales, sitas en el interior de montes de utilidad pública. El fundamento jurídico era el artículo 14 de la Ley 43/2003, de Montes, según la cual los montes del dominio público no están sujetos a tributo alguno que grave su titularidad. Pues bien, la sala atenderá la argumentación municipal y señalará que, si efectivamente resulta acreedora de la no sujeción, dicha declaración debe corresponder a la gestión catastral y no a la gestión tributaria, que, en su caso, tendría la competencia para reconocer exenciones.

F) Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras

a) Bienes públicos

Son numerosos los conflictos abiertos por obras de las que son dueñas otras administraciones distintas del ayuntamiento impositor, a la vista de los resquicios legales en materia de no sujeción, exención, determinación de la base imponible y bonificaciones.

En las obras promovidas por otras administraciones hay un lugar común referido al cálculo de la base imponible que tiene que ver con la consideración como base imponible del presupuesto de adjudicación que finalmente resulte contratado (con descuento) y no del presupuesto de licitación. Se plantea en el asunto resuelto por la **sentencia del TSJ de Madrid de 20 de septiembre de 2012 (recurso núm. 108/2012)**, relativo a las obras de reforma de la Unidad de Investigación del Edificio de docencia del Hospital Universitario 12 de octubre. En este caso se trata de la liquidación definitiva y el TSJ dará la razón al Ayuntamiento, puesto que el importe de baja de adjudicación no puede ser considerado en ella, pues hay que estar al coste de ejecución material de la obra realmente ejecutada. Solicitaba también el sujeto pasivo la exclusión de cierta maquinaria y equipo, que no formarían parte de la obra por ser elementos construidos fuera de la obra, separables, no encastrados, adheridos o fijos permanentemente al suelo o a las construcciones. Al entender del TSJ, no puede atenderse a lo que pide, pues funcionalmente pueden considerarse parte integrante y consustancial e inseparable de la obra, sirviendo para la habitabilidad o utilización necesaria de la instalación, pues todos resultan imprescindibles para la utilización necesaria de la obra.

En el ámbito de las bonificaciones por obras de excepcional interés, el **TSJ de Castilla y León, Valladolid**, mediante **sentencia de 17 de septiembre de 2012 (recurso núm. 468/2011)**, reconoce la aplicación de la bonificación a la construcción del Instituto de Microbiología y Bioquímica, en Salamanca, en función de lo que señala la Ordenanza Fiscal de su Ayuntamiento. La sala recuerda, con toda la razón, que no puede convertirse esta bonificación en algo discrecional, de imposible control judicial. Aunque la Ordenanza

se limite a reproducir el texto de la Ley (gravísimo error —esto lo decimos nosotros—), el «especial interés o utilidad municipal» no puede ser lo que en cada momento considere el Pleno del Ayuntamiento. Se ha puesto de manifiesto que existen supuestos similares en los que los tribunales han reconocido la procedencia de la bonificación y a ello debe estarse. En el fondo del problema está un deficiente planteamiento legal que, por desgracia, acaba de hacerse extensivo a otros impuestos municipales, a la vista de la Ley 16/2012.

Sobre esta bonificación se pronuncia también el **TSJ de Castilla-La Mancha**, mediante **sentencia de 8 de octubre de 2012 (recurso núm. 128/2011)**, que atiende a la pretensión del Ayuntamiento de Guadalajara en relación con obras hospitalarias. La razón de la denegación estaría en que se trata de la reforma y ampliación de un hospital «ya existente», que beneficia también a ciudadanos de otros municipios y por ello no respondería al «especial interés o utilidad municipal», sin que el sujeto pasivo haya desacreditado estas ideas.

Finalmente, algunas de las otras bonificaciones pueden afectar a la obra pública. El **TSJ de Madrid** da la razón al Ayuntamiento Getafe en cuanto a la no aplicación de la bonificación que tenía fijada por Ordenanza en el 50% en relación con instalaciones que incorporen sistemas de aprovechamiento térmico o eléctrico de energía solar, en este caso en cuanto a un Centro de Salud. Considera la sala que la denegación expresa o presunta de la bonificación debió ser impugnada de forma independiente en el momento de ser denegada, pues se trata de un procedimiento específico, no tributario, dirigido a evaluar que existen las causas legalmente exigidas para que opere. Es la **sentencia de 13 de septiembre de 2012 (recurso núm. 397/2012)**.

ELOY COLOM PIAZUELO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE

Sumario

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

   A) La participación del público en los procedimientos de autorización de instalaciones (construcción de un vertedero) que afecten al medio ambiente y su extensión (Convenio de Aarhus aprobado por Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005). Los papeles del órgano jurisdiccional nacional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Amplia posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales por el órgano jurisdiccional competente, aunque haya existido ya decisión del Tribunal Constitucional que según el derecho interno le vincula. Problemática de la aplicación temporal de la Directiva 85/337/CEE de evaluación de impacto ambiental. El derecho de propiedad y el ordenamiento jurídico-ambiental (Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación).

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

   A) Derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio en combinación con el derecho de propiedad. Molestias sonoras causadas por el alargamiento de una pista de aterrizaje de un aeropuerto. Condiciones para que la injerencia del Estado sea conforme con el artículo 8 de la Convención. Necesidad de que el procedimiento decisorio respete debidamente los intereses particulares. Insuficiencia de los documentos presentados por los demandantes para probar que el alargamiento de la pista del aeropuerto ha podido incidir en el valor de sus bienes.

3. AGUAS CONTINENTALES.

   A) Constitucionalidad de la forma de fijación de caudales ambientales para el Delta del Ebro en la Ley del Plan Hidrológico Nacional. El Plan Integral del Delta del Ebro como manifestación de la necesaria colaboración de distintas Administraciones, dentro de sus respectivas competencias, para la protección de un espacio natural de innegable valor ecológico.

4. AGUAS MARÍTIMAS.

   A) Supuesto de concurrencia competencial.

5. PUERTOS DE INTERÉS GENERAL.

   A) En la planificación de puertos de interés general, que compete al Estado, se respetan las competencias autonómicas en materia de medio ambiente mediante la previsión de un trámite de audiencia.

6. ESPACIOS NATURALES.

   A) La indefinición del ámbito territorial de los Espacios Naturales Protegidos es inconstitucional por generar inseguridad jurídica.

7. RESIDUOS.

A) De la declaración de servicio público de la actividad de gestión de residuos peligrosos no puede inferirse una reserva exclusiva a favor del sector público. La aplicación del principio de proximidad en gestión de residuos ha de entenderse en relación con el conjunto del Estado, no únicamente con el territorio de una Comunidad Autónoma.

B) Los Ayuntamientos pueden realizar inspecciones de residuos en instalaciones de depósito, almacenaje o distribución. Las Comunidades de propietarios son responsables del uso, conservación y limpieza de recipientes normalizados y de la limpieza de las zonas comunes. No puede exigirse al ciudadano mediante Ordenanza Municipal un deber de limpiar la vía pública.

8. FISCALIDAD AMBIENTAL.

A) Tributos estatales en materia de aguas.

a) Canon de control de vertido: cuantificación.
b) Canon de control de vertido: Aplicación.
c) Canon de control de vertidos: revisión, reclamaciones y recursos.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas.

a) Impuestos específicos sobre vertidos al litoral.

C) Impuestos estatales sobre la energía.

a) Impuesto sobre Ventas Minoristas de Hidrocarburos.

D) Fiscalidad sobre la actividad nuclear.

a) Impuesto sobre actividades que inciden en el medio ambiente de Castilla-La Mancha.

E) Tributos sobre residuos.

a) Tasas municipales por recogida de basuras.

F) Otros tributos autonómicos ambientales.

a) Impuestos sobre grandes superficies comerciales.

---

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) La participación del público en los procedimientos de autorización de instalaciones (construcción de un vertedero) que afecten al medio ambiente y su extensión (Convenio de Aarhus aprobado por Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005). Los papeles del órgano jurisdiccional nacional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Amplia posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales por el órgano jurisdiccional competente, aunque haya existido ya decisión del Tribunal Constitucional que según el derecho interno le vincula. Problemática de la aplicación temporal de la Directiva 85/337/CEE de evaluación de impacto ambiental. El derecho de propiedad y el ordenamiento jurídico-ambiental (Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación)

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 15 de enero de 2013, asunto C-416/10**, **Krizan y otros/Slevonska inspekcia zivotneho prostredia y otro**, resuelve

una decisión prejudicial planteada conforme al art. 267 TFUE por el Tribunal Supremo de la República de Eslovaquia (ahorro el nombre en el idioma original). La Sentencia es muy interesante y debe ser leída como un refuerzo (más) de la primacía del derecho europeo en todos sus aspectos, también en los procesales, y desde luego como una sustantiva defensa del derecho de participación del público en la tramitación de los procedimientos administrativos que afecten al medio ambiente, derecho que se configura de una forma amplísima. Igualmente y en torno a ello se hacen distintas consideraciones (la sentencia es muy compleja, en cuanto que el procedimiento administrativo de fondo también lo es) sobre la aplicación de la normativa de evaluación de impacto ambiental y sobre la relación entre el derecho de propiedad y la regulación del medio ambiente, estableciéndose en este ámbito una nueva aportación a la construcción de la llamada «función social de la propiedad».

La cuestión de fondo se va a resumir a continuación en lo esencial, pues es muy compleja en lo relativo a hechos y a respuestas jurídicas. Originalmente se trataba del deseo de un Municipio eslovaco, plasmado en su Plan General de Ordenación Urbana (nombrémoslo en la terminología española) aprobado el 26 de junio de 1997, de construir un vertedero de residuos en una cantera de tierra para fábricas de ladrillo. El Ministerio de Medio Ambiente llevó a cabo en 1999 una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de esta infraestructura, aprobando el 26 de julio de 1999 su dictamen definitivo.

Conforme a ello una empresa presentó al Municipio el 7 de agosto de 2002 una solicitud dirigida a obtener una resolución urbanística acerca de la construcción del vertedero. El 27 de marzo de 2006, el Ministerio prorrogó la validez de su evaluación de 1999 hasta 2008. Finalmente el Ayuntamiento autorizó por resolución de 30 de noviembre de 2006 la construcción del vertedero.

Al año siguiente la empresa que había recibido la autorización presentó el 25 de septiembre de 2007 solicitud de autorización integrada (Directiva 96/61), incoándose el correspondiente procedimiento. El 17 de octubre de 2007, se publicó la solicitud fijándose un plazo de treinta días para que el público y los servicios del Estado interesados pudieran formular sus observaciones.

Los que luego serán demandantes en el litigio principal alegaron que la solicitud de autorización integrada era incompleta por no incorporar a esta la resolución urbanística (la de 30 de noviembre de 2006) y, por tanto, no poder tener lugar el derecho de participación en toda su extensión. Ante lo cual el órgano administrativo tramitador suspendió el procedimiento integrado y solicitó que se le comunicara esa resolución. La empresa se la remitió, pero indicando que la consideraba un secreto comercial. Por ello el órgano administrativo no puso a disposición de los litigantes dicho documento. Y el 22 de enero de 2008 concedió a la empresa la autorización integrada para la construcción del vertedero y de su explotación.

Los demandantes interpusieron, entonces, un recurso de alzada que fue desestimado el 18 de agosto de 2008. El motivo principal del recurso era el no disponer de la resolución urbanística y no haber podido ejercitar, por tanto, su derecho a la participación. Fue en el marco de este recurso que el órgano administrativo hizo pública la resolución urbanística.

Acudieron entonces ya en vía judicial al Tribunal regional de Bratislava (jurisdicción contencioso-administrativa) que por sentencia de 4 de diciembre de 2008 desestimó el recurso. Entonces interpusieron recurso de apelación ante el Tribunal Supremo de

la República eslovaca que, por auto de 6 de abril de 2009, suspendió la ejecución de la autorización integrada. Y el mismo Tribunal Supremo, por Sentencia de 28 de mayo de 2009, modificó la Sentencia del Tribunal regional y la resolución administrativa otorgando la autorización integrada reprochando en esencia a las autoridades competentes no haber observado las normas que regulan la participación de público interesado en el procedimiento integrado y no haber evaluado suficientemente las repercusiones de la construcción del vertedero sobre el medio ambiente.

En ese momento la empresa interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la Sentencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, por Sentencia de 27 de mayo de 2010, estableció que el Tribunal Supremo había violado el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de propiedad de la empresa y su derecho al goce pacífico de su bien. Por tanto devolvió el asunto al Tribunal Supremo para que éste se pronunciara de nuevo.

Como el Tribunal Supremo piensa que siguen existiendo dudas sobre la compatibilidad de la decisión del Tribunal Constitucional y el Derecho de la Unión, suspendió el procedimiento para plantear una serie de preguntas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (punto 47 de la Sentencia que se comenta). No se reproducen aquí esas preguntas para no alargar innecesariamente el comentario, sino que ellas mismas aparecerán implícitamente de las respuestas que aquí se contienen a ellas, respuestas presentes en la Sentencia del TJUE que es la que se está comentando.

La primera cuestión debatida es si un órgano jurisdiccional nacional puede plantear la cuestión prejudicial a que se refiere el art. 267 TFUE cuando está conociendo de un asunto en las circunstancias que éste conoce: tras que el Tribunal Constitucional haya anulado su primitiva decisión, establecido otra doctrina y ordenado que resuelva conforme a esta. La respuesta del TJUE es taxativa: el art. 267 TFUE otorga a los órganos jurisdiccionales nacionales una amplísima facultad para someter una petición de decisión prejudicial al TJUE si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que exigen la interpretación o la apreciación de la validez de disposición del Derecho de la Unión necesarias para la resolución del litigio del que conocen (punto 64). A esos efectos se dice que el procedimiento prejudicial «se basa en un diálogo entre jueces cuya iniciativa depende en su totalidad de la apreciación que el órgano jurisdiccional nacional haga de la pertinencia y la necesidad de dicha remisión» (punto 66). Por ello aunque una norma de derecho nacional imponga a un órgano jurisdiccional estar a lo que haya dicho otro superior a él (en este caso el Tribunal Constitucional), ello no puede privar al órgano jurisdiccional de la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones de interpretación del Derecho de la Unión al que se refieran tales valoraciones jurídicas (punto 68). Es más, el TJUE dice que el órgano judicial nacional «está incluso obligado a plantear la cuestión prejudicial en cuanto constate que uno de los extremos sobre los que versa el fondo del litigio está comprendido en el ámbito de aplicación del primer párrafo del artículo 267 TFUE» (punto 72).

El siguiente punto debatido hace referencia al fondo del asunto más interesante: la participación del público. Lo que se plantea es si el público interesado debería haber tenido acceso a la resolución urbanística sobre la construcción del vertedero desde el primer momento en que se inicia el procedimiento de la autorización integrada y, en el marco de todo ello, si la negativa que se produjo a dicho acceso puede tener amparo en el secreto comercial.

La afirmación de que el público tiene que tener acceso a toda la información que revista interés para la toma de decisiones se indica prontamente por el TJUE (punto 77) y se

basa en el art. 6.6 del Convenio de Aarhus, conforme al que deben ser interpretadas todas las referencias a la participación del público que puedan existir en la Directiva 96/61.

Y aunque está previsto en la normativa aplicable que el derecho de información del público pueda tener su límite en el secreto comercial, éste nunca puede estar presente en una resolución urbanística autorizatoria de la ubicación en el terreno de una instalación como el vertedero (punto 83). Y ello aunque pueda haber en dicha resolución algún tipo de información que se refiera a aspectos comerciales o industriales. Lo cierto es que el TJUE constata que en el presente caso la apelación al secreto comercial fue utilizada para evitar la participación pública (punto 84).

Conocimiento de la resolución urbanística que se produjo, finalmente, durante el recurso de alzada. Para saber si ello es suficiente a los efectos de «sanar» los defectos producidos por la negativa original, el TJUE confía la resolución del problema al órgano jurisdiccional nacional competente bajo los principios de equivalencia y efectividad, bien asentados en la jurisprudencia del TJUE: es decir, que las modalidades procesales que existen para recurrir una medida como ésta no sean menos favorables que las aplicables a recursos similares contra actos internos (principio de equivalencia) o que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (*vid.* los puntos 85-89).

En suma, lo que dice el TJUE es que sería posible que la falta de conocimiento en el inicio del procedimiento de la resolución urbanística podría regularizarse en el marco del recurso de alzada que existió si el órgano jurisdiccional competente aprecia la existencia de esas características que básicamente se resumirían en que el público interesado todavía podía en ese momento influir realmente en el resultado del procedimiento de toma de decisiones (punto 91).

En relación al problema de la evaluación de impacto ambiental que se había prorrogado considerablemente en sus efectos por el Ministerio de Medio Ambiente, no hay cuestión de entrar en el fondo del asunto en cuanto que el TJUE aprecia que por las fechas en que se inició el procedimiento de autorización del vertedero (para lo que hay que atender al primer procedimiento administrativo de 1998) todavía no era aplicable en Eslovaquia la Directiva 85/337/CE, que solo debía ser aplicada, según el tratado de adhesión, a partir del 1 de mayo de 2004 (puntos 96-104).

Otra interesante cuestión que decide el TJUE es la de los poderes del órgano jurisdiccional interno en relación a un recurso que tenga como base el Derecho de la Unión, como es el caso. En el supuesto que se le somete a su consideración se decide que el juez nacional que conoce de un litigio regido por el Derecho de la Unión debe estar facultado para adoptar medidas provisionales (en el caso suspensión de actuaciones administrativas) que garanticen la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho de la Unión (punto 107). Por ello los miembros del público interesado tienen el derecho a solicitar al órgano jurisdiccional o al órgano independiente e imparcial competente que adopte medidas provisionales que puedan prevenir dicha contaminación, incluida, en su caso, la suspensión temporal de la autorización impugnada (punto 109).

Finalmente, y sobre la referencia a que las disposiciones de la Directiva 96/61 pudieran afectar al derecho de propiedad de la empresa que pretendía construir el vertedero,

nada mejor que transcribir literalmente los puntos 113-115 de la Sentencia, que tienen una potencialidad evidente que trasciende los límites objetivos del marco de la Sentencia en que se pronuncian y que, por tanto, es de mucho interés considerar:

> «113. No obstante, el derecho de propiedad no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Unión y no constituyan habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable y que afecte a la propia esencia del derecho así garantizado (sentencia de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, C-402/05 O y C-415/05 P, Rec. p. I-6351, apartado 355, y de 9 de marzo de 2010, ERG y otros, C-379/08 y C-380/08, Rec. p. I-2007, apartado 80).
>
> 114. Por lo que respecta a dichos objetivos de interés general, según reiterada jurisprudencia la protección del medio ambiente forma parte de dichos objetivos y, por tanto, puede justificar una restricción al uso del derecho de propiedad (véanse las sentencias de 7 de febrero de 1985, ADBHU, 240/83, Rec. P.531, apartado 13; de 20 de septiembre de 1988, Comisión/Dinamarca, 302/86, Rec. p. 4607, apartado 8; de 2 de abril de 1998, Outokumpu, C-213/96, Rec. p. I-1777, apartado 32, y de 9 de marzo de 2010, ERG y otros, C-379/08 y C-380/08, antes citada, apartado 891).
>
> 115. Por lo que atañe a la proporcionalidad del menoscabo al derecho de propiedad, cuando puede apreciar que se produce dicho menoscabo, basta con constatar que la Directiva 96/61 establece un equilibrio entre las exigencias de ese derecho y las relacionadas con la protección del medio ambiente».

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio en combinación con el derecho de propiedad. Molestias sonoras causadas por el alargamiento de una pista de aterrizaje de un aeropuerto. Condiciones para que la injerencia del Estado sea conforme con el artículo 8 de la Convención. Necesidad de que el procedimiento decisorio respete debidamente los intereses particulares. Insuficiencia de los documentos presentados por los demandantes para probar que el alargamiento de la pista del aeropuerto ha podido incidir en el valor de sus bienes

La sentencia de 13 de diciembre de 2012 en el asunto **Flamenbaum y otros contra Francia** se inscribe en la jurisprudencia adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos de contaminación acústica con origen en actividades desarrolladas en un aeropuerto. En este pronunciamiento el Tribunal responde en sentido negativo a sendas demandas planteadas contra la República Francesa por 18 ciudadanos de nacionalidad de ese Estado y uno de nacionalidad italiana, que consideran vulnerados los artículos 8 de la Convención de Roma y 1 del Protocolo 1.º de esta, como consecuencia respectivamente de las molestias sonoras causadas por el alargamiento de la pista del aeropuerto de Deauville, en cuyas cercanías ellos habitan, y por la pérdida de valor de sus propiedades y los costes de insonorización de las mismas.

Respecto de la violación del artículo 8 el Tribunal comienza afirmando que el nivel de ruido al que los demandantes se encuentran expuestos es suficiente para considerar aplicable este artículo al caso. Seguidamente añade que, a diferencia de otros supuestos como *Hatton y otros* o *Ashworth y otros*, este asunto debe enfocarse desde la perspectiva de una injerencia del Estado en el derecho que los demandantes tienen reconocido en el artículo 8. Así resulta, en opinión del Tribunal, de que el terreno y las instalaciones pertenezcan a una autoridad pública, que la administración de este haya sido confiada por el Estado a personas públicas (una cámara de comercio e industria) y que la decisión de alargar la pista haya sido tomada por autoridades públicas. El Tribunal comprueba que dicha injerencia cumple todos los requisitos necesarios para ser compatible con el citado artículo 8. En primer lugar ha sido prevista por la ley, tal como han reconocido los diversos tribunales nacionales, que han considerado que las decisiones de las autoridades habían sido conformes con el Derecho interno. En segundo lugar, esa injerencia perseguía un fin legítimo, el bienestar económico de la región. A este respecto, el Tribunal señala que si ya llegó a esa misma conclusión en la sentencia *Ashworth y otros*, en relación con un aeropuerto británico con una capacidad menor que el concernido por el asunto actual, con mayor razón debe hacerlo ahora. Por último, en cuanto a la necesidad de dicha injerencia el Tribunal considera que las autoridades han respetado el justo equilibrio entre los intereses en presencia. Ello resulta tanto del hecho de que no se ha establecido que el alargamiento de la pista haya conllevado un incremento considerable del tráfico aéreo, tal como sostienen los demandantes, como de las medidas adoptadas por las autoridades francesas para limitar el impacto de las molestias sonoras.

Por lo que respecta al procedimiento decisorio la sentencia afirma que el proyecto de alargamiento de la pista ha venido precedido de un estudio de impacto detallado que no se limita a los efectos de este sobre el medio físico y biológico, las actividades, el urbanismo, el patrimonio y el paisaje, sino que también se detiene en la cuestión de las molestias causadas por el ruido. Además, también con carácter previo al inicio de las obras se realizaron diversos sondeos, en el marco de los cuales los habitantes que residen en las cercanías del aeropuerto han podido presentar observaciones. A ello se añade el cumplimiento del tercer requisito, la disponibilidad por los demandantes de un recurso contra la decisión de las autoridades en caso de que consideren que sus intereses u observaciones no han sido suficientemente tenidos en cuenta. Sobre este particular el Tribunal recuerda que los demandantes disponen de dos tipos de recursos ante las jurisdicciones administrativas nacionales: el recurso de abuso de poder contra los actos relativos al alargamiento de la pista, que hubiera podido conducir a su anulación, y el de reparación de los perjuicios causados. Además se recuerda que los demandantes, directa o indirectamente por medio de una Asociación de Defensa de los intereses de los vecinos del aeropuerto, de la que forman parte, se han servido de esos recursos y de otros contra las distintas decisiones de las autoridades nacionales. Respecto de la queja de los demandantes relativa a la fragmentación del proceso decisorio y a que el conjunto del proyecto no haya podido ser examinado por un único juez, el Tribunal recuerda su jurisprudencia en el asunto *Hatton y otros* en el sentido de que si el Estado ha tenido en cuenta debidamente los intereses particulares, cuyo respeto está obligado a garantizar en virtud del artículo 8 de la Convención, tiene en principio la posibilidad de elegir los medios a emplear para cumplir sus obligaciones. En este caso, el Tribunal considera pertinente el argumento del Gobierno conforme al cual el

Derecho interno no permitía proceder de otra manera y constata que, en cualquier caso, los demandantes han tenido ocasión de participar en cada fase del procedimiento decisorio y presentar sus observaciones.

Por lo que respecta a la posible violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 a la Convención, el Tribunal toma en consideración que la queja de los demandantes no se refiere a las molestias producidas por la presencia del aeropuerto sino por el alargamiento de su pista principal. Además, los documentos aportados por los demandantes no han respondido a su petición en relación con la precisión del precio de venta actualizado de sus propiedades, su valor de mercado actual y la correspondencia de este precio con el de las propiedades no expuestas a las molestias objeto de la demanda. A ello se añade que los documentos aportados por los demandantes son contradictorios entre ellos, existiendo variaciones importantes en el valor venal de la misma propiedad según que la evaluación del mismo sea de un perito, del notario o de la agencia inmobiliaria. En esas condiciones y ante la ausencia de precisiones demandadas por la Sala y dado el estado de los documentos presentados, el Tribunal considera que los demandantes no han establecido si, y en qué medida, el alargamiento de la pista del aeropuerto ha podido incidir en el valor de sus bienes. Por último, la no justificación por los demandantes del nexo de causalidad entre el alargamiento de la pista y el incremento del tráfico y el hecho de que las autoridades hayan adoptado medidas para limitar el impacto de las molestias sonoras impide tomar en consideración los trabajos de insonorización de sus propiedades llevados a cabo por los demandantes.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Constitucionalidad de la forma de fijación de caudales ambientales para el Delta del Ebro en la Ley del Plan Hidrológico Nacional. El Plan Integral del Delta del Ebro como manifestación de la necesaria colaboración de distintas Administraciones, dentro de sus respectivas competencias, para la protección de un espacio natural de innegable valor ecológico

Continúan apareciendo Sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la discusión en torno a aspectos competenciales sobre las aguas respondiendo a recursos de inconstitucionalidad interpuestos, en su gran mayoría, en el período 2004-2007. Y, como ha sucedido con regularidad, excepto en dos ocasiones (que son las Sentencias 30 y 32/2011 en relación con preceptos de los EE.AA. de Andalucía y Castilla y León), las Sentencias del Tribunal Constitucional mantienen la adecuación a la Constitución de los preceptos controvertidos.

En esta ocasión lo que se discute es la adecuación a la Constitución del art. 26.1 y de la disposición adicional décima, apartado 1, a), b) y c) y apartados 3 y 5 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, en la redacción dada por el artículo único, apartados 9 y 15, de la Ley 11/2005, de 22 de junio. Tres Sentencias del Tribunal Constitucional establecerán, con razonamientos idénticos, la constitucionalidad de tales preceptos, respondiendo a recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los Gobiernos de las CC.AA. de La Rioja, Murcia y Castilla y León (continuándose, también, la tónica que ya se puede advertir en otros pleitos constitucionales de que varias CC.AA. interpongan recursos contra los mismos preceptos recogidos en normas estatales —o del Estatuto de Cataluña—, con los resultados de unificación, lógica, en las respuestas que da el TC a los mismos). La primera

en aparecer es la **STC 195/2012, de 31 de octubre**, que resuelve el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOE núm. 286, de 28 de noviembre). Y luego aparecerán las **SSTC 239/2012, de 13 de diciembre** (impugnante el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia) y **240/2012, de 13 de diciembre** (impugnante el Consejo de Gobierno de Castilla y León), ambas en el BOE núm. 10, de 11 de enero de 2013. El presente comentario tomará como referencia a la primera de ellas, la 195/2012, por la razón lógica de prioridad temporal en su aparición.

La cuestión controvertida se centra en torno a la previsión de un Plan Integral del Delta del Ebro con contenidos de protección ambiental de ese espacio natural y que debe ser aprobado, dentro de sus respectivas competencias, por el Estado y por la Generalidad de Cataluña, previa la suscripción de un convenio que recogerá la colaboración de las dos Administraciones para la redacción de este plan. Contenido de ese plan y dentro de la llamada «definición del régimen hídrico que permita el desarrollo de las funciones ecológicas del río» es la fijación de un caudal adicional «que se aportará con la periodicidad y las magnitudes que se establezcan de forma que se asegure la correcta satisfacción de los requerimientos medioambientales de dicho sistema». Y el precepto concluye diciendo que «los caudales ambientales resultantes se incorporarán al Plan Hidrológico de la cuenca del Ebro mediante su revisión correspondiente» [de la disposición adicional décima.1.a)]. Por su parte, el art. 26.1 es congruente con la previsión del Plan Integral del Delta del Ebro en relación a la fijación de los caudales ambientales.

La impugnación del Gobierno de La Rioja tacha de inconstitucional la previsión de este Plan y de su contenido, por violentar el art. 149.1.22.ª CE y el art. 14 TRLA (que se inserta dentro de lo que se llama por el demandante un «modelo confederal participativo»). De la muy rica doctrina establecida por el TC para concluir en la constitucionalidad de los preceptos impugnados destacamos, sintéticamente, lo siguiente:

a) El juicio de constitucionalidad debe establecerse en relación a lo que indiquen la CE y las normas del bloque de la constitucionalidad. El TRLA no se integra dentro del bloque de la constitucionalidad. Solo la Constitución y las normas del bloque de la constitucionalidad vinculan al legislador porque lo contrario abocaría a una «petrificación rígida del ordenamiento estatal en materia de aguas que no se compadece con la libertad que aquél tiene para decidir entre varias opciones constitucionalmente posibles» (FJ 3.º).

b) El juicio del TC debe establecerse sobre violaciones presentes de la CE, no de las que quizá e hipotéticamente pudieran producirse en el futuro. (Eso se mantiene en relación a otros contenidos del Plan Integral del Delta del Ebro que en la demanda se dice que serían susceptibles, según se gestionaran, de producir vicios de constitucionalidad) (FJ 4.º).

c) Para que el TC entre a juzgar sobre el contenido del recurso, debe en él existir una argumentación específica o razonamientos que fundamenten la presunta contradicción de éstos con la normativa fundamental. No hay ningún tipo de razonamiento en el recurso de inconstitucionalidad en la imputación relativa a que las administraciones implicadas suscriban un convenio como instrumento de colaboración para tratar de la redacción de ese Plan, por lo que el TC no tiene que entrar a tratar

de esa cuestión puesto que, entre otros argumentos, la ausencia de razonamiento ha privado al Abogado del Estado de poder ejercitar el derecho de defensa (FJ 4.º).

d) Que el TC dijera, en su momento, que «el modo más directo que tiene la Comunidad Autónoma para incidir en los intereses afectados por la administración de las aguas en las cuencas que… se extiendan más allá de su territorio, es mediante su participación en los órganos de gobierno de las correspondientes Confederaciones Hidrográficas, en los términos previstos por la legislación estatal» (STC 161/1996) no supone «en modo alguno que este Tribunal haya descartado en términos absolutos cualquier otro modelo de cooperación interadministrativa constitucionalmente admisible» (FJ 5.º).

e) Es inequívoco que dentro del contenido del Plan Integral del Delta del Ebro hay referencia tanto a competencias del Estado como a competencias de la Generalidad de Cataluña. Así, «junto al régimen del Delta del Ebro como espacio natural protegido, que ambas partes coinciden acertadamente en encuadrar en la competencia que corresponda a esta Comunidad Autónoma, sin ánimo exhaustivo es posible mencionar otros, como las referencias a la protección de especies a conservar, el turismo o la agricultura, que revelan que nos hallamos ante un supuesto de concurrencia de competencias del Estado y la Comunidad Autónoma… en el espacio físico delimitado por el Delta del Ebro y el ecosistema marino próximo…» (FJ 6.º).

f) Con lo que se trata de determinar si el procedimiento de aprobación del Plan por ambas administraciones es constitucionalmente admisible. La conclusión es que sí pues «estamos en efecto ante un mecanismo de acomodación o integración entre dos competencias concurrentes en el espacio físico, basado en el acuerdo, y que configura la aprobación final del plan integral de protección del Delta del Ebro como un acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades distintas, lo que resulta constitucionalmente admisible, cuando ambas voluntades resuelven sobre asuntos de su propia competencia. Y, en última instancia, la competencia exclusiva del Estado queda salvaguardada toda vez que, en caso de no alcanzar un acuerdo que desemboque en la aprobación integral de protección del Delta del Ebro, éste no alcanzará eficacia ni se incorporará su contenido al plan hidrológico de la cuenca» (FJ 6.º).

g) Y en relación a la integración de los caudales que aparezcan en el Plan hidrológico de la cuenca del Ebro, el TC hace notar que la Ley del PHN no crea un procedimiento de revisión del Plan hidrológico distinto del ya existente (FJ 7.º), lo que quiere decir que se aplicará lo ya previsto en el ordenamiento para dicha revisión, a saber la aprobación, primero, por el Consejo del Agua de la demarcación y posterior aprobación del Gobierno de la Nación tras el informe del Consejo Nacional de Agua.

En conclusión, los preceptos impugnados son adecuados a la Constitución.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Supuesto de concurrencia competencial

La **STS de 8 de enero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2618/2009**, confirma en casación la legalidad de un Decreto autonómico por el que se aprobó el Plan

Territorial Sectorial de Protección y Ordenación del Litoral de la Comunidad, rechazando los argumentos del recurrente acerca de la incompetencia de esta para dictar normas o planes urbanísticos en defensa del demanio estatal. En efecto, las medidas de protección litoral eran consideradas por el recurrente como un exceso sobre las competencias autonómicas de ordenación urbanística, entendiendo que carecían asimismo de amparo en el título competencial que le habilita para el desarrollo legislativo y la ejecución de la normativa básica estatal en materia de medio ambiente.

El TS no está de acuerdo con esta valoración, considerando que este último título legitima la norma autonómica recurrida. El artículo 30 de la Ley de Costas, referido a la zona de influencia del demanio costero, es un norma ambiental estatal que la Comunidad Autónoma puede desarrollar o ejecutar, habiendo sido precisamente la misma —franja de anchura mínima de 500 metros a partir del límite interior de la ribera del mar— la considerada por el planificador autonómico para definir el ámbito de ordenación del Plan, sin que quepa considerar esta opción como arbitraria. En esta zona de influencia se establecerán limitaciones para la ordenación territorial y urbanística de los terrenos implicados, y esto es precisamente lo que hace la norma autonómica. Dentro de esta zona de influencia hay que considerar también los ríos y las rías hasta donde se haga sensible la influencia de las mareas, en atención a una interpretación lógica, sistemática y finalista de las reglas de protección del dominio público marítimo-terrestre establecidas en la Ley de Costas. Si bien literalmente aquel artículo 30 solo alude a la ribera del mar, su necesaria incardinación en el conjunto que supone la Ley de Costas —que plantea el ámbito de protección referido a todo el demanio, conforme éste se define en los artículos 3 y 4— impone dicha interpretación.

5. PUERTOS DE INTERÉS GENERAL

A) En la planificación de puertos de interés general, que compete al Estado, se respetan las competencias autonómicas en materia de medio ambiente mediante la previsión de un trámite de audiencia

En la **Sentencia del Tribunal Constitucional 216/2012, de 14 de noviembre de 2012, (rec. núm. 1256-2004)**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 78 diputados del Grupo Parlamentario Socialista contra diversos preceptos de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general.

Dicha Ley fue posteriormente modificada por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, y finalmente derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de puertos del Estado y de la marina mercante, que hoy constituye la regulación vigente en la materia. Debido a que la mayor parte de los preceptos originalmente recurridos han sido derogados, el TC acredita la pérdida de objeto del recurso de inconstitucionalidad, conforme a su asentada doctrina (SSTC 19/2012 y 111/2012), ya que no cabe pronunciarse sobre la conformidad constitucional de leyes que el propio legislador ya ha expulsado del ordenamiento.

Sin embargo, esta regla tiene excepciones, por ejemplo cuando, pese a su derogación, un precepto mantenga «vestigios de vigencia», que es lo que sucede aquí con el art. 38 de

la Ley recurrida, que se reproduce parcialmente en el art. 54 del vigente Texto Refundido, manteniéndose en él la ordenación jurídica del Plan Director de Infraestructuras del Puerto (FJ 2.º).

Alegan los recurrentes respecto al Plan Director que su regulación vulnera las competencias de desarrollo autonómicas en materia de Medio Ambiente, al desarrollarse este instrumento de planificación exclusivamente en sede Ministerial, a excepción de un trámite de audiencia a la autoridad autonómica en caso de que el plan sea objeto de evaluación ambiental, y no preverse mecanismo alguno de colaboración entre los entes territoriales (FJ 3.º).

El TC centra el debate entre la competencia exclusiva estatal en materia de Puertos de interés general, prevista en el art. 149.1.20.ª CE, y las competencias de desarrollo en materia ambiental de las Comunidades Autónomas del art. 149.1.23.ª CE, competencias que se concretan sobre un mismo espacio físico. El TC recuerda su asentada doctrina según la cual «la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no puede impedir el ejercicio de otras competencias en el mismo espacio, si bien esta posibilidad de concurrencia de títulos competenciales exige buscar fórmulas que permitan su coexistencia pacífica» (STC 195/2012, de 31 de octubre). Para el caso de que los cauces de cooperación resultaran insuficientes para resolver los conflictos que pudieran surgir, sería preciso determinar cuál es el título prevalente en función del interés general concernido (STC 46/2007, de 1 de marzo).

En materia de puertos, es doctrina reiterada que el Estado no puede adoptar la decisión sobre la ubicación de un nuevo puerto a espaldas de las Comunidades Autónomas, pero esta decisión corresponde en todo caso al Estado, y «no puede quedar subordinada al parecer de las Comunidades Autónomas o de los Municipios en cuyo territorio deba construirse el puerto» (STC 40/1998, de 19 de febrero). También es competencia del Estado llevar a cabo la evaluación de impacto ambiental en este caso.

Así, el TC descarta la inconstitucionalidad del citado art. 38 de la Ley 48/2003, pues el procedimiento de aprobación del Plan Director tiene en cuenta la incidencia de las competencias estatales sobre aquéllas de las Comunidades Autónomas, contemplando, además de la audiencia en el marco de la evaluación ambiental, otro trámite de audiencia general dirigido a la autoridad autonómica competente en materia de ordenación del territorio, donde perfectamente pueden plantearse también observaciones de carácter medioambiental (FJ 4.º).

Por todo ello, el TC declara la pérdida de objeto del recurso en relación a una serie de artículos impugnados y su desestimación en cuanto al art. 38.

6. ESPACIOS NATURALES

A) La indefinición del ámbito territorial de los Espacios Naturales Protegidos es inconstitucional por generar inseguridad jurídica

En la **Sentencia del Tribunal Constitucional 234/2012, de 13 de diciembre de 2012, (rec. núm. 4288-2001)**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 65

diputados del Grupo Parlamentario Socialista contra la disposición adicional 8.ª de la Ley murciana 1/2001, de 24 de abril, del suelo, que al momento de la sentencia estaba derogado, pero vigente dentro del Texto Refundido de la Ley del suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio.

Dicha disposición adicional establece que «los límites de los Espacios Naturales Protegidos incluidos en la disposición adicional tercera y Anexo de la Ley 5/1992, de 30 de julio, de Ordenación y Protección del Territorio de la Región de Murcia, se entenderán ajustados a los límites de los Lugares de Importancia Comunitaria a que se refiere el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de junio de 2000».

El recurso plantea la vulneración del art. 9.3 en conexión con el art. 45 CE, por ser fruto de un ejercicio arbitrario, irrazonable e indebidamente motivado del poder legislativo, desconocer la seguridad jurídica, e incurrir en incongruencia legislativa en oposición con la defensa y protección del medio ambiente. Razonan los recurrentes que el precepto, al equiparar territorialmente los Espacios Naturales Protegidos y los Lugares de Importancia Comunitaria, abocaría a la desprotección de más de 11.000 hectáreas de terrenos que hasta entonces estaban protegidos como Espacios Naturales Protegidos.

El TC comienza por examinar la tacha de arbitrariedad, que los recurrentes deducen del hecho de que el precepto recurrido fuera introducido mediante una enmienda de adición presentada en la fase terminal del procedimiento legislativo. El TC recuerda su doctrina sobre el ejercicio del derecho de enmienda (SSTC 119/2011, de 5 de julio y 136/2011, de 13 de septiembre), recalcando que «el derecho de enmienda al articulado, como forma de incidir en la iniciativa legislativa, debe ejercitarse en relación con ésta (…) de modo que una vez que una iniciativa ha sido aceptada por la Cámara como texto de deliberación, no cabe alterar su objeto mediante las enmiendas al articulado». Lo que se pretende evitar, por tanto, es que se transmute el objeto de las propuestas introduciendo *ex novo* materias ajenas al procedimiento. En este caso, el TC certifica que «la enmienda introducida guarda una conexión mínima de homogeneidad con la iniciativa legislativa en cuestión, por cuanto, desde el punto de vista de los usos posibles del suelo no es indiferente la existencia de zonas del territorio autonómico sometidas a algún tipo de régimen de protección ambiental…». Por ello, desestima este motivo (FJ 4.º).

En cuanto a la equiparación entre Espacios Naturales Protegidos y Lugares de Importancia Comunitaria, el TC comienza por analizar ambas figuras en cuanto a la determinación de sus límites territoriales, llegando a la conclusión de que ambas categorías «no son equivalentes, aunque pueden llegar a coincidir en un mismo espacio territorial. Una y otra categorías encajan en ámbitos normativos diversos, son fruto de procedimientos de declaración distintos y están sometidas a regímenes jurídicos de distinto alcance, y lo que es más importante, a los efectos que ahora interesan, la declaración de los segundos corresponde a las autoridades europeas, siendo la función de la autoridad nacional la de propuesta» (FJ 7.º).

El TC reconoce que la finalidad del precepto cuestionado es una redelimitación de los Espacios Naturales Protegidos para equipararlos a los Lugares de Importancia Comunitaria (LIC) a que se refiere el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de julio de 2000. Dado que en dicho Acuerdo no figuran mapa, denominación, ubicación ni extensión de los LIC proyectados, el TC concluye que el citado precepto vulnera el principio de seguridad jurídica, en la medida en que «suscita confusión o duda generadora en sus destinatarios de una

incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento…», conforme a la doctrina constitucional sobre seguridad jurídica que el TC cita (STC 136/2011, de 13 de septiembre). Así, la disposición recurrida «genera inseguridad jurídica sobre todos sus destinatarios, lo que supone, dado su ámbito material, generar inseguridad jurídica, en último término, sobre todos los ciudadanos en cuanto a las concretas partes del territorio autonómico acreedoras de protección ambiental, con las consecuencias de todo orden que ello conlleva, en particular, en un ámbito en el que está en juego la realización de un bien constitucional como la preservación del medio ambiente *ex* art. 45 CE».

Así, la redelimitación de los espacios naturales protegidos murcianos supuestamente operada por la disposición objeto de recurso tiene un alcance indefinido, lo cual, además de impedir un análisis del resto de motivos del recurso, determina directamente su inconstitucionalidad (FJ 8.º).

7. RESIDUOS

A) De la declaración de servicio público de la actividad de gestión de residuos peligrosos no puede inferirse una reserva exclusiva a favor del sector público. La aplicación del principio de proximidad en gestión de residuos ha de entenderse en relación con el conjunto del Estado, no únicamente con el territorio de una Comunidad Autónoma

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 30 de octubre de 2012 (rec. núm. 3379/2009)** se resuelve un recurso de casación interpuesto por la Federación de Empresas Químicas y Plásticos de Aragón contra la Sentencia del TSJ de Aragón de 28 de abril de 2009, que salvaba la legalidad del Decreto 236/2005 del Gobierno de Aragón, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la producción, posesión y gestión de residuos peligrosos y del régimen jurídico del servicio público de eliminación de residuos peligrosos en la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Federación recurrente alega que, en contra de lo establecido en la Sentencia de instancia, el citado Reglamento impone, en la prestación del servicio de gestión de residuos peligrosos, una práctica monopolística que resultaría contraria tanto a la legislación autonómica que desarrolla como al art. 82 TCE y la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que se reconoce al gestor del servicio la facultad de instar una revisión tarifaria.

El TSJ de Aragón había establecido la ausencia de un régimen monopolístico, que solo se derivaría de una ausencia total de competencia, mientras que, en este caso, el art. 36.2 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas de Aragón, lo que hace es permitir la colaboración de personas públicas y privadas mediante técnicas de gestión indirecta del servicio público, como la sociedad de economía mixta que se postula en la norma recurrida, donde participan las entidades privadas. La limitación de la competencia se consideraría justificada precisamente por tratarse de un servicio público «que requiere un especial cuidado y vigilancia para garantizar su adecuada prestación a los ciudadanos».

El Tribunal Supremo rebate esta tesis señalando que el citado art. 36.2 de la Ley 26/2003 no confiere a la Administración ambiental una habilitación legal para reservar en forma exclusiva al sector público la gestión del servicio de eliminación de residuos peligrosos, siquiera mediante fórmulas de gestión indirecta. De esta forma, al prescribir el art. 34 del Decreto recurrido que el servicio público de eliminación de residuos peligrosos se haya de prestar bajo la forma de gestión indirecta, está excluyendo la posibilidad de que éste servicio sea prestado mediante el ejercicio de una actividad empresarial en régimen de libre concurrencia, sobrepasando así la habilitación legal conferida por el art. 36.2 de la Ley 26/2003 (FJ 3.º).

Añade el TS que es doctrina jurisprudencial asentada la inexistente vinculación entre la condición de servicio esencial de titularidad pública y la participación pública en las empresas concesionarias (STS de 14 de octubre de 1999), por lo que sería imposible inferir de la declaración de servicio público de una determinada actividad la existencia de una reserva a favor del sector público (FJ 4.º).

Respecto a la revisión anual de las tarifas, que conforme a la recurrente es competencia del Gobierno de Aragón conforme al art. 35 del Decreto recurrido, el TS señala que esto no es así, ya que del tenor literal del citado artículo lo único que se desprende es la competencia de la Administración autonómica para intimar la actualización de las tarifas, no revisarlas. Asimismo, el TS no advierte conexión entre el régimen tarifario establecido y la jurisprudencia comunitaria sobre el art. 82 TCE, la cual advierte una infracción de este artículo solo cuando la empresa que ocupa la posición dominante lleva a cabo una explotación abusiva, por ejemplo exigiendo por sus servicios precios no equitativos o desproporcionados, situación que no ha sido denunciada por la recurrente en este caso. Queda en este punto, por tanto, desestimado el recurso de casación (FJ 5.º).

La recurrente alegaba también que los arts. 15 y 16 del Decreto autonómico en cuestión formulaban el principio de proximidad de un modo divergente con el establecido por la legislación estatal y comunitaria, en la medida en que, en ocasiones, la aplicación del principio puede determinar la conveniencia del traslado de los residuos a otra Comunidad Autónoma.

Tras analizar detalladamente la normativa relativa al principio de proximidad, el TS colige que éste pretende garantizar la existencia de una red integrada y adecuada de instalaciones de eliminación que permita que los residuos sean depositados y destruidos en las instalaciones adecuadas más próximas, siendo así ésta una proyección del principio de «corrección de los atentados al medioambiente en la fuente», establecido en el art. 191.2 TFUE.

Sin embargo, su previsión en los arts. 15 y 16 del Decreto recurrido contraviene dicho principio al determinar que la eliminación de residuos se producirá «siempre que sea posible» en el territorio de la Comunidad Autónoma, lo que es «contrario a la operatividad del principio de proximidad en el conjunto del Estado y no sólo en el territorio de cada una de las Comunidades Autónomas» (FJ 8.º).

Por todo ello, el TS procede a la anulación de los arts. 15, 16 y 34 del Decreto aragonés, salvando el resto del articulado y sin hacer especial imposición de costas, al no apreciarse ninguna de las circunstancias dispuestas en los arts. 95.3 y 139.1 LJCA.

B) Los Ayuntamientos pueden realizar inspecciones de residuos en instalaciones de depósito, almacenaje o distribución. Las Comunidades de propietarios son responsables del uso, conservación y limpieza de recipientes normalizados y de la limpieza de las zonas comunes. No puede exigirse al ciudadano mediante Ordenanza Municipal un deber de limpiar la vía pública

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 7 de noviembre de 2012 (rec. núm. 5582/2010)** se resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la STSJ de Madrid de 17 de junio de 2010, que estimaba en parte el recurso contra la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y de Gestión de los Residuos de 27 de febrero de 2009 del Ayuntamiento de Madrid. El TS examina la legalidad de los tres preceptos anulados por dicha sentencia.

El primero de ellos, el art. 10 de la Ordenanza, versa sobre la obligación para los particulares de limpiar la vía pública. La sentencia de instancia consideró este deber contrario a derecho, ya que al tratarse de una prestación de carácter personal, debería establecerse por Ley, conforme al art. 31.3 CE y el art. 25.2 º1) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local.

El TS confirma el carácter de obligación-acción y no de participación voluntaria del precepto, cuya no observancia puede además conllevar una sanción. Esto vulnera, efectivamente, el art. 31.3 CE, que dice que sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley. Además, el traslado al ciudadano de la responsabilidad por la limpieza, recogida y depósito de residuos en las vías públicas supondría, según el TS, un vaciamiento del contenido de la correspondiente competencia municipal sobre limpieza y recogida de residuos (FJ 5.º).

Por su parte, el art. 76 de la Ordenanza trataba sobre la inspección del contenido de las bolsas de basura o demás contenedores de residuos «en las instalaciones en las que se desarrollen actividades reguladas en la Ordenanza». La sentencia de instancia anuló este precepto ya que entendió que permitía que la inspección se desarrollase antes de que los contenedores fueran situados en la vía pública, momento en el cual los particulares todavía no han perdido el derecho de excluir a tercero respecto al contenido de sus desechos.

El TS, en cambio, considera legítima esta inspección interpretando el concepto de «instalaciones» del art. 76 de la Ordenanza como instalaciones de libre acceso en los que exclusivamente se realizan las actividades reguladas en la Ordenanza: depósito, almacenaje, distribución, etc., por lo que se aclara que la inspección no puede producirse en el interior de domicilios o locales (FJ 6.º).

El art. 78 de la Ordenanza atribuye responsabilidad a la comunidad de propietarios o habitantes del inmueble sobre el uso, conservación y limpieza de recipientes normalizados y limpieza de zonas comunes. La sentencia de instancia considera que el hecho de que la comunidad de propietarios pueda ser hecha responsable por un incumplimiento por parte de uno de los vecinos es contrario al principio de culpabilidad, tipificado en el art. 130 de la Ley 30/1992.

El TS considera, en cambio, que las obligaciones a que hace referencia el art. 78, en relación con el uso, limpieza y conservación de los contenedores de titularidad municipal, son obligaciones colectivas de la comunidad de propietarios, y que por lo tanto no hay

vulneración del principio de culpabilidad al hacer responsable a ésta de su cumplimiento. Respecto a la limpieza de zonas comunes, es la propia Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, la que exige que responda la Comunidad (FJ 7.º).

Por tanto, el TS confirma la nulidad del art. 10 de la Ordenanza y casa la sentencia de instancia en cuanto a los artículos 76 y 78, sin hacer imposición de costas.

8. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) Canon de control de vertido: cuantificación

Para tratar cuestiones propias de la cuantificación de este tributo siempre conviene introducir una explicación mínima acerca de sus reglas de cálculo. El importe se alcanza multiplicando el volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control de vertido. Este precio unitario se calcula multiplicando el precio básico por metro cúbico por un coeficiente de mayoración o minoración. Así pues, los elementos a considerar son tres: el volumen de vertido; el precio básico de control de vertido por metro cúbico; y el coeficiente de mayoración o minoración.

El precio básico por metro cúbico se fija en 0,01653 euros para el agua residual urbana y en 0,04132 euros para el agua residual industrial. Estos precios básicos pueden revisarse periódicamente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (y la Ley de Presupuestos para 2012 lo hizo).

El coeficiente de mayoración o minoración se establece en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, así como por la mayor calidad ambiental del medio físico en que se vierte. El coeficiente de mayoración del precio básico, que no podrá ser superior a 4, queda determinado en el anexo IV del RDPH. El cálculo se obtiene, para cada uno de los dos tipos de vertido previstos (agua residual urbana o industrial), del resultado de multiplicar tres factores correspondientes a los tres datos siguientes: características del vertido (de 1 a 1,28); grado de contaminación del vertido (de 0,5 a 2,5) y calidad ambiental del medio receptor (de 1 a 1,25). En el propio anexo se incluyen una serie de instrucciones operativas.

En el período analizado contamos con un bueno número de sentencias del TS, que resuelven recursos de casación presentados por la empresa SNIACE y que en buena medida afectan a cuestiones de cuantificación.

La **sentencia del TS de 5 de julio de 2012 (recurso núm. 2282/2009)** estima un motivo de casación, aceptando la reducción de la liquidación una vez que la empresa ha demostrado los días de inactividad; que no se tuvieron en cuenta por el organismo de cuenca y que el tribunal *a quo* no aceptó de manera improcedente la pericial presentada. Por el contrario, no se aceptan otros motivos basados en la falta de motivación de la cantidad calculada o en la pretendida inadecuada versión de las características del «medio receptor», que no resulta desacreditada. En sentido similar, en cuanto a la reducción por inactividad, cfr. las **sentencias del TS de 8 de noviembre de 2012 (recurso núm. 465/2009) y 4 de diciembre de 2012 (recurso núm. 890/2010).**

Peor suerte tuvo SNIACE en el caso resuelto por la **sentencia de 8 de octubre de 2012 (recurso núm. 5042/2010)**. Trató de obtener trato similar al que consiguió con la sentencia de este mismo tribunal de 16 de junio de 2011, comentada en números anteriores de esta revista, pero la sala justificará que no se está en el mismo caso, tratando de desentrañar el significado de la sentencia de instancia —al parecer algo confusa—, en la que se le habían reconocido más pretensiones de las que se deducen del recurso ahora presentado. Aquella sentencia de 2011 abordaba un aspecto particular de la cuantificación del antecedente del actual canon de control de vertidos, esto es, el canon de vertido, vigente hasta 2002. Se trataba de determinar si en el caso de autos podía aplicarse en cuanto al factor K de contaminación el llamado procedimiento de interpolación, que permitía en algunos casos fijar coeficientes intermedios más reducidos cuando se daban ciertas circunstancias como las que acontecían en dicho caso (aguas de refrigeración que empleaban gran caudal, pero luego poco modificado). *Cfr.*, en igual sentido, las **sentencias del TS de 25 de octubre de 2012 (recurso núm. 2116/2009) y 19 de noviembre de 2012 (recurso núm. 2978/2011).**

La **sentencia del TS de 25 de octubre de 2012 (recurso núm. 467/2009)** desestima tanto el recurso de casación deducido por la Administración General del Estado como el deducido por SNIACE, en este caso en relación con una sentencia dictada por la Audiencia Nacional. Se plantea por la Abogacía del Estado la reducción de la cuota que aceptó el tribunal de instancia por razón de la inactividad demostrada y, como se ha adelantado, no se estima la pretensión, en coherencia con lo visto *supra*. El recurso presentado por la empresa se resuelve en términos similares a los vistos en otras sentencias, en relación con la interpolación del factor K y otras cuestiones típicas.

En parecido sentido en cuanto a estas cuestiones, la **sentencia del TS de 26 de octubre de 2012 (recurso núm. 4940/2009).**

La **sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 5 de octubre de 2012 (recurso núm. 2263/2008)** desestima el recurso presentado por el sujeto pasivo, dedicado a la producción de energía, que exigía se aplicasen coeficientes distintos al volumen correspondiente a aguas residuales y a aguas de refrigeración. Dice el tribunal que es correcto aplicar los coeficientes generales al no existir un sistema de separación que permita diferenciar los volúmenes.

b) Canon de control de vertido: Aplicación

La **sentencia del TS de 26 de octubre de 2012 (recurso núm. 4940/2009)** desestima la pretensión del sujeto pasivo que solicitaba la prescripción de la acción liquidatoria del organismo de cuenca, una vez que se anuló la primera liquidación, señalándose que había incurrido en vicio de nulidad radical. La sala advierte que la anulación no deja sin efecto la interrupción del plazo de prescripción producida anteriormente por consecuencia de las actuaciones realizadas ante los Tribunales Económicos Administrativos, manteniéndose dicha interrupción con plenitud de efectos; y añade que la anulación de un acto administrativo no significa en absoluto que decaiga o se extinga el derecho de la Administración Tributaria a retrotraer actuaciones, y volver a actuar, pero ahora respetando las formas y garantías de los interesados. Sobre esa base, resuelve el caso concreto:

> «En el caso que nos ocupa dice la sentencia recurrida que la actora —SNIACE-— parte de la errónea consideración de que la primera liquidación era nula de pleno derecho, por lo que no habría desplegado efectos interruptivos de la prescripción. Sin embargo, tal premisa no deja de ser una afirmación de parte carente de todo fundamento, pues basta con examinar la referida resolución del TEAR, de 15 de diciembre de 2004, para comprobar que en la misma se aprecia la omisión del trámite de audiencia al interesado, que debió preceder a la liquidación, por lo que acuerda anular el acuerdo y remitir el expediente a la Oficina Gestora al objeto de que proceda a la retroacción de las actuaciones al momento procedimental en que se produjo la omisión del trámite, y se ponga de manifiesto a la parte reclamante antes de dictar la correspondiente liquidación. Es decir, se está apreciando un supuesto de anulabilidad, por lo que se acuerda su subsanación en el procedimiento para que se dicte nueva liquidación, lo cual no sería posible de haberse apreciado una nulidad radical o de pleno derecho. En consecuencia, sí se ha producido la interrupción del plazo de prescripción, de manera que en la fecha en que se notifica la liquidación de la que trae causa este recurso no había transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años».

También había planteado (sin éxito) la caducidad del procedimiento, por haberse practicado la liquidación transcurridos tres meses desde el devengo del tributo. En igual sentido, las **sentencias del TS de 25 de octubre de 2012 (recurso núm. 2116/2009)** y **de 4 de diciembre de 2012 (JUR 2012 392653)**. O la de **28 de septiembre de 2012 (recurso núm. 438/2010)**, estimando el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado en relación con una sentencia de instancia en sentido contrario.

c) Canon de control de vertidos: revisión, reclamaciones y recursos

En la **sentencia del TS de 25 de octubre de 2012 (recurso núm. 2116/2009)** se rechaza la pretensión del sujeto pasivo, que demandaba la aplicación de cierta jurisprudencia relacionada con el procedimiento de comprobación de valores, que se dirige a impedir la reiteración indefinida de actos anulados. Advierte el TS que los defectos en que ha incurrido la Administración no tienen virtualidad suficiente para hacerle decaer en su derecho a liquidar.

Mediante la **sentencia del TS de 20 de noviembre de 2012 (recurso núm. 4184/2009)** se estima el recurso de casación presentado por el sujeto pasivo, en cuanto a la revisión de oficio instada por la administración respecto de un cierto acto administrativo. Señala el Alto Tribunal que no cabe decretar la lesividad el mismo órgano que ha acordado la declarada lesiva (el presidente del organismo de cuenca).

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) Impuestos específicos sobre vertidos al litoral

La **sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, de 16 de julio de 2012 (recurso núm. 808/2006)** desestima el recurso deducido contra la liquidación por el antiguo canon de vertidos exigido por la Administración autonómica (ahora impuesto sobre vertidos al litoral). Se aducía la falta de cobertura legal de las normas reglamentarias que lo determinaban, lo que es rechazado. Asimismo, se discuten algunos de los elementos de cuantificación empleados, en particular el llamado coeficiente K, explicando la sala la corrección de la liquidación.

C) Impuestos estatales sobre la energía

a) Impuesto sobre Ventas Minoristas de Hidrocarburos

Como hemos dicho en comentarios anteriores, la Comisión Europea había considerado que la Ley española no se ajustaba al Derecho comunitario, al establecer y exigir un impuesto como éste, argumento que emplean los demandantes solicitando la devolución de ingresos indebidos. Se están desestimando los recursos, advirtiendo que las recomendaciones y dictámenes de la Comisión Europea no son vinculantes para los estados miembros, sin perjuicio de otros efectos que puedan tener. Las salas rechazan que el contenido de las directivas a que se apela —pretendidamente contrario al establecimiento de semejante figura— sea incondicional y suficientemente preciso en el campo que toca. En el conflicto tiene mucho que ver la pretendida finalidad específica del impuesto.

Nos referimos ahora a las **sentencias del TSJ de Cantabria de 19 de julio de 2012 (recurso núm. 4/2011) y de Castilla y León, Burgos, de 19 de septiembre de 2012 (recurso núm. 533/2011)**.

Ha de tenerse en cuenta la reforma que ha experimentado esta figura, que pasa a integrarse en el impuesto sobre hidrocarburos en 2013.

D) Fiscalidad sobre la actividad nuclear

a) Impuesto sobre actividades que inciden en el medio ambiente de Castilla-La Mancha

La Comunidad de Castilla-La Mancha había establecido un impuesto denominado «sobre determinadas actividades que incidan en el medio ambiente» (Ley 11/2000, de 26 de diciembre). Pese al nombre escogido, se trataba de una figura distinta de otras anteriores del mismo nombre, comprensiva en realidad de tres modalidades diferentes con autonomía suficiente para haber recibido el rango de impuestos singulares. Dos de las tres modalidades (las que gravan la producción termonuclear y el almacenamiento de residuos radiactivos) fueron objeto de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8556-2005, planteada por la sección segunda de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha. Consideraba la sala que entre estas dos modalidades y el IAE podía haber coincidencia en el gravamen de la materia imponible.

El caso que se le plantea al **TC** será resuelto por la **sentencia 196/2012, de 31 de octubre**; y lo será desde la premisa de que la modificación de la LOFCA por la Ley Orgánica 3/2009 no afecta al juicio de constitucionalidad sobre los preceptos impugnados, dado que se conectan con su aplicación a un concreto proceso en el que el órgano judicial proponente de la cuestión ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso *a quo*.

No merece la pena entrar en mucho detalle. Sólo dejar claro que las modalidades tributarias vulneraban el artículo 6.3 de la LOFCA en su redacción original, por la coincidencia de materias (la sentencia engarza a la perfección con la dictada sobre el impuesto balear, antes señalada). Igual que no vulneran el artículo 6.3 de la LOFCA en su redacción actual —esto lo decimos a la luz de la jurisprudencia que vamos a examinar en relación con los impuestos sobre grandes áreas comerciales—. Pero, sea como sea, se estima la cuestión

y, por tanto, se declaran inconstitucionales y nulos los preceptos impugnados de manera directa y otros por conexión.

Los efectos reales no son tantos. Ello porque la Ley impugnada había sido derogada por la Ley 16/2005, de 29 de diciembre, que reintrodujo las modalidades, aunque bajo la cobertura de una nueva Ley.

E) Tributos sobre residuos

a) Tasas municipales por recogida de basuras

La **sentencia del TS de 27 de noviembre de 2012 (recurso núm. 989/2010)** desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con la Ordenanza Fiscal reguladora de las tasas por servicios y actividades relacionadas con el medio ambiente del Ayuntamiento de Madrid. Entiende el Alto Tribunal que procede la inclusión del servicio de tratamiento y eliminación de residuos derivados de establecimientos sanitarios (del que sería sujeto pasivo la Comunidad Autónoma, por los hospitales sitos en la ciudad). La Comunidad Autónoma alegaba que la ley sectorial autonómica impedía exigir la tasa por los residuos hospitalarios, por requerir un tratamiento especializado. Pero eso —dice el tribunal— no impide la recogida y tratamiento municipal de residuos urbanos procedentes de los hospitales, sin perjuicio del tratamiento especial para la gestión de los residuos hospitalarios peligrosos. Entiende asimismo el TS que procede la fijación de una cantidad anual por local o establecimiento o conjunto de éstos, determinada en función de la cuota de generación de residuos por metro cuadrado multiplicada por la superficie del local o establecimiento. El criterio de cuantificación —señala el TS— no puede tratarse de ilógico, al tener en cuenta no sólo la superficie, sino también distintas cuotas de generación de residuos, y sin que la cuota tributaria pueda superar ciertos límites.

También es desestimatorio el sentido de la **sentencia del TSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 (recurso núm. 499/2012)**, en relación con la misma tasa madrileña, en lo que se refiere a grandes generadores de residuos (Telefónica Móviles). Alegaba que la superficie a considerar era muy inferior a la que se tenía que haber considerado, tratando de derivar parte a las cuotas que no se cobrarían de manera singular por aplicarse el régimen especial de las empresas del Grupo Telefónica. Pero no consigue acreditarlo, al parecer de la sala.

F) Otros tributos autonómicos ambientales

a) Impuestos sobre grandes superficies comerciales

En el número anterior de esta revista comentábamos la sentencia del Tribunal Constitucional 122/2012, de 5 de junio, en relación con el impuesto sobre grandes establecimientos comerciales que había establecido Cataluña. Meses después se han resuelto los recursos relativos a los respectivos impuestos asturiano y navarro, que presentan en principio una factura similar. Se trata de las **sentencias 197/2012, de 6 de noviembre** (impuesto asturiano) y **208/2012, de 14 de noviembre** (navarro).

Sí conviene añadir algunas cosas en relación con el tributo navarro. Es evidente que el marco jurídico LOFCA renovado en 2009 excluye la inconstitucionalidad del impuesto

concreto (lo reconoce el propio Abogado del Estado); pero también que este conflicto va mucho más allá y pone a la consideración del TC la aplicación en abstracto de los límites LOFCA a la creación de impuestos por la Comunidad Foral de Navarra.

Al entender del TC sí sería aplicable una prohibición como la contenida en el artículo 6.3 de la LOFCA, que, como sabemos, trata de coordinar el sistema tributario español único de la nación evitando que se dupliquen por las CC.AA. los tributos locales.

A nuestro parecer, no ha estado muy afortunado el TC. De una parte, entendemos que no son aplicables a Navarra los límites específicos LOFCA en el campo de la creación de tributos, pero, sobre todo, que mucho menos es aplicable el contenido en el artículo 6.3, en cualquiera de sus versiones. En este sentido, compartimos, de una parte, los votos particulares que presentan los magistrados Pérez Tremps y Valdés Dal-Ré; y, de otra, advertimos del sinsentido que supone limitar la potestad tributaria a que sus tributos no recaigan sobre materias reservadas a las entidades locales (antes) o sobre hechos imponibles gravados por las entidades locales (ahora).

Y es que el Convenio Económico de Navarra atribuye a la Comunidad Foral *«las facultades y competencias que ostenta al amparo de lo establecido en la Ley Paccionada, de 16 de agosto de 1841, en el Real Decreto-ley Paccionado, de 4 de noviembre de 1925, y demás disposiciones complementarias»*. Sin que el Convenio articule siquiera un mínimo sistema de impuestos locales: lo establecerá la Comunidad Foral manteniendo *«una presión fiscal efectiva global equivalente a la existente en el resto del Estado»*. Si en la dialéctica admitiéramos que las prohibiciones LOFCA son aplicables, habremos de tener en cuenta que la del artículo 6.3 se hace dependiente de la voluntad de la propia Comunidad Foral, que es la que mediante una ley foral de haciendas locales define las materias sobre la que recaen los impuestos de los municipios navarros y, por lo tanto, los hechos imponibles de los impuestos locales.

En cuanto a los tribunales ordinarios, el **TSJ de Cataluña** ha desestimado el recurso interpuesto por la Asociación Nacional de Grandes Superficies de Distribución contra el Reglamento del Impuesto. Es la **sentencia de 27 de septiembre de 2012 (recurso núm. 262/2002)**. Se alegaba, de una parte, la inconstitucionalidad de la Ley que lo cubre (lo que no prosperó) y subsidiariamente la infracción del procedimiento de elaboración y en su caso la ilegalidad de una serie de artículos. La sala rechaza la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad y los demás vicios alegados. Existe un voto particular que sostiene la violación del derecho comunitario a la libertad de establecimiento.

JAVIER DOMPER FERRANDO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
SERGIO SALINAS ALCEGA
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Sumario

1. NOTA PRELIMINAR.
2. AYUDAS DE ESTADO.
   - **A) Conceptos de empresa y de actividad económica: construcción de infraestructuras aeroportuarias.**
   - **B) Concepto de ayuda: criterios para la determinación de la existencia de una garantía pública implícita, de carácter ilimitado, inherente a la configuración de *La Poste* como organismo público.**
   - **C) Concepto de ayuda y naturaleza de servicios de interés económico general: financiación de hospitales públicos, discrecionalidad en la definición de la misión de servicio público y en la elección de la forma jurídica de atribución del servicio, pero exigencia de claridad en la determinación de las obligaciones correspondientes a la misión de servicio público considerada.**
   - **D) Concepto de ayuda y ámbito material: naturaleza de servicio de interés económico general, error manifiesto de apreciación pues no se ha demostrado la racionalidad económica de la medida, criterio del inversor privado y protección de la imagen de marca de un Estado.**
   - **E) Concepto de ayuda y alcance del control jurisdiccional: el criterio del inversor privado en el marco de la crisis financiera; la obligación de la Comisión de proceder a un análisis diligente e imparcial de todos los elementos relevantes cuando dispone de una amplia facultad de apreciación.**
   - **F) Incentivos regionales.**
     - a) Determinación de los importes subvencionables. Obra civil en terrenos de dominio público.
     - b) Incentivos regionales. Aceptación de la subvención. Recurso administrativo pendiente de ser resuelto.
     - c) Obligaciones de la entidad beneficiaria. Incumplimiento.
     - d) Pérdida de subvención por incumplimiento de condiciones.
     - e) Fusión por absorción de entidad beneficiaria y beneficios fiscales.
3. CONTRATACIÓN PÚBLICA.
   - **A) Ámbito de aplicación.**
     - a) Ámbito de aplicación, contrato de servicios; contrato de estudios celebrado entre Administraciones y Universidades públicas.
     - b) Ámbito de aplicación: contratación «in house» y control análogo de medios propios controlados conjuntamente por diversos entes públicos.

B) Requisitos para contratar.

a) Requisitos para contratar: exigencia de capital social mínimo para obtener una concesión de servicios de liquidación tributaria.

b) Requisitos para contratar: exigencia de solvencia fijada por referencia a un único dato del balance.

c) Requisitos para contratar: exclusión de la licitación por una falta grave en materia profesional.

C) Adjudicación.

a) Adjudicación: criterios de admisión y evaluación de ofertas. Las exigencias para tomar legítimamente en consideración la agricultura ecológica y el comercio justo.

b) Adjudicación: ofertas anormalmente bajas e imprecisas.

4. ENERGÍA ELÉCTRICA.

5. TELECOMUNICACIONES.

6. TRANSPORTES TERRESTRES.

Procedimiento de modificación de concesión de transportes.

---

1. NOTA PRELIMINAR

Este número incluye las sentencias recogidas en los Cuadernos Aranzadi 1 a 15 de 2012, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del año 2102.

2. AYUDAS DE ESTADO

A) Conceptos de empresa y de actividad económica: construcción de infraestructuras aeroportuarias

La **STJUE de 19 de diciembre de 2012, As. C-288/11 P, *Flughafen Leipzig-Halle***, desestima un recurso de casación interpuesto contra la STG de 24 de marzo de 2001, As. acumulados T-443/08 y 445/08, de la que se dio cuenta en una crónica anterior de esta revista, a propósito de la consideración como económica de la actividad consistente en explotar infraestructuras aeroportuarias y de la calificación como ayuda de Estado de la financiación pública de la construcción de una nueva pista en un aeropuerto público.

La correcta comprensión de la sentencia requiere tener en cuenta, primero, que la empresa DHL, «que opera en el sector de la distribución de paquetería urgente, en posesión del 100% de Deutsche Post AG, decidió, después de haber negociado con varios aeropuertos, trasladar su plataforma europea de flete aéreo de Bruselas (Bélgica) a Leipzig-Halle a partir de 2008»; segundo, que DHL y la sociedad pública propietaria del aeropuerto (FLH) «suscribieron un acuerdo marco, en virtud del cual FLH se comprometía a construir la nueva pista sur y a cumplir otras obligaciones durante todo el período de vigencia de este acuerdo, entre ellas, la garantía de que DHL pudiera operar de forma continua en dicha pista y

la seguridad de que al menos el 90% de los transportes aéreos efectuados por o para DHL pudieran realizarse en cualquier momento desde la citada pista»; y, por último, que estaba previsto que el coste de la nueva pista «se financiara mediante una aportación de capital de 350 millones de euros» a FLH «realizada por sus accionistas públicos» (apartados 2 y 3).

En lo que aquí interesa, el Tribunal de Justicia confirma los argumentos empleados en la sentencia de instancia por el Tribunal General y, en particular, acepta que la explotación del aeropuerto de Leipzig-Halle constituye una actividad económica, puesto que implica ofrecer «servicios aeroportuarios a cambio de una remuneración que procede, en particular, de las tasas aeroportuarias […] en el mercado de los servicios aeroportuarios regionales […]; en el caso de autos, la existencia de tal mercado quedaba demostrada por el hecho de que el aeropuerto de Leipzig-Halle competía con otros aeropuertos regionales por la implantación de la plataforma europea de flete aéreo de DHL». También acepta que la nueva pista «sería explotada con fines comerciales por FLH, que exigiría el pago de tasas como contraprestación por su utilización», sin que fuera procedente «disociar la actividad consistente en la construcción de la nueva pista sur del uso posterior que se hiciera de la misma […]. [H]abida cuenta de su naturaleza y objeto, la construcción de la pista sur, como tal, no guarda relación con prerrogativas de poder público», a diferencia de los costes correspondientes a las funciones de «seguridad y de policía, las medidas de protección contra incendios y las medidas de seguridad pública, la seguridad de la explotación, el servicio meteorológico alemán y el servicio de control de tráfico aéreo». Por todo ello, la construcción de la nueva pista constituía una actividad económica y la aportación de capital público, con la salvedad de estos últimos gastos, era una ayuda de Estado en el sentido del actual art. 107.1 TFUE (apartados 41 y ss.).

Después de aceptar el planteamiento realizado por el Tribunal General, la sentencia rechaza los argumentos opuestos por los recurrentes, y entre ellos especialmente el de que «la actividad de construcción de infraestructuras aeroportuarias no puede ser garantizada por operadores privados, por no existir un mercado para ese tipo de actividad debido a la falta de expectativas de rentabilidad». Entiende en Tribunal que «la construcción de la nueva pista sur era una actividad directamente vinculada a la gestión del aeropuerto, que es una actividad económica», y que, además, «el hecho de que una actividad no sea llevada a cabo por operadores privados o el hecho de que no sea rentable no son criterios pertinentes para calificarla de actividad económica o no», puesto que «el carácter económico o no de una actividad no depende del estatuto privado o público de la entidad que la ejerce ni de la rentabilidad de dicha actividad» (apartados 49 y ss.).

B) Concepto de ayuda: criterios para la determinación de la existencia de una garantía pública implícita, de carácter ilimitado, inherente a la configuración de *La Poste* como organismo público

La **STG de 20 de septiembre de 2012, As. T154/10, *Francia c. Comisión***, desestima un recurso de anulación interpuesto por Francia contra una Decisión de la Comisión por la que se declaraba que la garantía pública ilimitada otorgada a *La Poste* constituía una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior. Con carácter general, la Comisión afirma en esa Decisión que son ayudas las condiciones de crédito más ventajosas obtenidas por empresas cuya forma jurídica impide la posibilidad de quiebra u otros procedimientos de

insolvencia y, en particular, entiende que es eso lo que sucede en el caso de autos debido a la configuración de *La Poste* como un establecimiento público de carácter industrial y comercial (EPIC), del que resultaría una garantía implícita e ilimitada del Estado.

El Tribunal parte de que «la determinación de la existencia de una garantía estatal ilimitada requiere un examen preciso y pormenorizado de los instrumentos establecidos por el Derecho francés en el supuesto de que un EPIC como *La Poste* no cumpliera sus obligaciones con sus acreedores». El Tribunal constata que la Comisión «examinó en especial la cuestión de si tal garantía estaba excluida en el Derecho francés, como alegaban las autoridades francesas», concluyendo «que la normativa y la jurisprudencia no permitían afirmar que el Derecho francés excluyera que el Estado pudiera constituirse en garante de los EPIC por los compromisos que éstos hubieran contraído con terceros». La sentencia considera que Francia no ha logrado refutar esa conclusión. En primer lugar, el Tribunal considera que de la jurisprudencia del *Conseil d'État* no se deduce con claridad que el Derecho francés excluyera la existencia de una garantía del Estado a favor de los EIPC. En segundo lugar, en un informe del *Conseil d'État* emitido en 1995 se afirmaba que «la garantía del Estado a favor de [*Crédit Lyonnais*] derivará, sin disposición legislativa expresa, de su misma naturaleza de organismo público». Tampoco considera determinante la sentencia, en tercer lugar, que desde 2001 no pueda «hacerse efectiva ninguna garantía o asunción de deudas de tercero por el Estado sin que lo autorice una ley de presupuestos». En cuarto lugar, también se rechaza el argumento relativo a la concesión de «garantías expresas en algunos supuestos», lo cual, según el Tribunal, «no prueba que se haya excluido la concesión de una garantía implícita en el presente caso». Por último, la sentencia rechaza que sean relevantes un informe del *Conseil d'État* de 2009 y un artículo doctrinal de 2010, de los que tampoco se derivarían datos concluyentes que permitan excluir «la posibilidad de que el Estado concediera una garantía implícita a los EPIC» (apartados 62 y ss.).

Por otro lado, la Comisión consideró que los acreedores de los EPIC estaban en una posición más favorable que los acreedores privados ya que, a diferencia de lo que ocurría en caso de aplicación del Derecho común en materia de restablecimiento y liquidación judicial, el acreedor de un organismo público no corría el riesgo de que su crédito se extinguiera a raíz de la iniciación de un procedimiento de liquidación judicial. El Tribunal hace suya esta consideración porque, a su juicio, el Derecho francés prevé en estos casos «un mecanismo diferente del establecido por los procedimientos de restablecimiento y de liquidación judicial de Derecho común», que consiste en un «procedimiento de cobro de crédito cuya iniciación, a diferencia de un procedimiento de liquidación de Derecho común, no conduce a la extinción de los créditos sino a lo sumo al aplazamiento de su pago. Por ello, los acreedores de los organismos públicos están en una posición más favorable que la de los acreedores de las personas […] cuyos créditos pueden extinguirse en el supuesto de insuficiencia del activo de la persona o la entidad deudora». Siendo ello así, aunque el Derecho francés «no prevé expresamente que el Estado esté obligado a detraer recursos estatales para la ejecución de una resolución jurisdiccional […], la Comisión apreció sin incurrir en error que, una vez agotados los recursos propios del organismo público en situación de impago, es muy probable que se llegarían a pagar las deudas del organismo público deudor con fondos estatales» (apartados 79 y ss.).

Finalmente, el Tribunal también hace suya la opinión de la Comisión respecto de la consideración del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en caso de incum-

plimiento de las obligaciones de los EPIC como un «mecanismo de garantía automática e ilimitada». Por un lado, de la jurisprudencia del *Conseil d'État* resulta que «el acreedor está facultado para reclamar contra el Estado en caso de culpa grave incurrida en el ejercicio de la potestad de control, y también tiene el derecho de exigir la responsabilidad del poder público en el supuesto de que, atendiendo a la situación de la persona jurídica de Derecho público interesada, en especial la insuficiencia de sus activos, o por imperativos de interés público, ese acreedor haya sufrido un perjuicio anormal y especial derivado de la negativa del prefecto a tomar las medidas apropiadas para proteger los derechos de ese acreedor». Este criterio se apoya también la sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2006, *Société de gestion du port de Campoloro* y *Société fermière de Campoloro c. Francia* (núm. 57516/00), que habría consagrado «la idea de que la responsabilidad del Estado pueda nacer como último recurso» y, en particular, que «incumbía al Estado asegurar el pago a los acreedores, ya que éstos habían soportado una carga especial y exorbitante a causa de la falta de pago de las cantidades a las que tenían derecho» (apartados 89 y ss.).

C) Concepto de ayuda y naturaleza de servicios de interés económico general: financiación de hospitales públicos, discrecionalidad en la definición de la misión de servicio público y en la elección de la forma jurídica de atribución del servicio, pero exigencia de claridad en la determinación de las obligaciones correspondientes a la misión de servicio público considerada

La **STG de 7 de noviembre de 2012, As. T-137/10, *CBI c. Comisión***, estima un recurso de anulación interpuesto por una asociación de entidades privadas dedicadas a la gestión de hospitales en la región de Bruselas contra la Decisión de la Comisión de considerar en un examen preliminar (y, por tanto, sin llegar a iniciar el procedimiento de examen formal) que diversas medidas de financiación de los hospitales públicos de dicha región, a pesar de ser ayudas de Estado en el sentido del art. 107.1 TFUE, eran compatibles con el mercado interior por satisfacer las exigencias del art. 106.2 TFUE. Sin llegar a cuestionar en cuanto al fondo del asunto la calificación jurídica de las medidas, la sentencia anula la Decisión por considerar que la Comisión debería haber constatado la existencia de serias dificultades en el examen preliminar y haber iniciado, por tanto, el procedimiento formal de examen. El Tribunal sostiene que en el asunto concurría un conjunto de indicios que arrojaban serias dudas sobre la compatibilidad de las medidas examinadas con los criterios para la aplicación del art. 106.2 TFUE, referidas, en primer lugar, a la existencia de un acto de atribución claramente definido de las misiones de servicio público hospitalarias y sociales específicas de los hospitales públicos; en segundo lugar, a la existencia de parámetros de compensación previamente determinados; y, en tercer lugar, a la existencia de instrumentos que permitieran evitar la sobrecompensación en el contexto de la financiación de esas misiones de servicio público.

Con todo, lo más relevante de la sentencia acaso sean las consideraciones generales que realiza en torno a las relaciones entre el sector controvertido y las normas del Tratado en materia de competencia. Después de recordar la doctrina Altmark Trans acerca de los requisitos que debe satisfacer una compensación concedida como contrapartida de las prestaciones realizadas para la ejecución de las obligaciones de servicio público para dejar de ser considerada una ayuda de Estado, así como los requisitos establecidos en el art. 106.2

TFUE y el denominado «Paquete SIEG» de 2005, la sentencia afirma que, aunque su ámbito de aplicación abarca «sin distinción todos los sectores de la economía, su aplicación debe tener en cuenta la especificidad del sector considerado».

En primer lugar, «habida cuenta de la especial naturaleza de la misión SIEG en algunos sectores, los criterios de la sentencia Altmark se deben aplicar con flexibilidad, con referencia al espíritu y a la finalidad que guiaron su enunciado, de una forma adaptada a las características específicas del asunto considerado (sentencia del Tribunal de 12 de febrero de 2008, BUPA y otros/Comisión, T289/03, Rec. p. II81, apartado 160)». La sentencia considera que la Comisión tuvo en cuenta esta «forma de análisis» en su Decisión, en la que se afirmaba que debe «tenerse en cuenta que, en el estado actual de desarrollo del mercado interior, la intensidad del falseamiento de la competencia en [este sector] no es necesariamente proporcional al nivel de volumen de negocios y de compensación. En consecuencia, los hospitales que presten cuidados médicos, y, cuando proceda, servicios de urgencia y servicios accesorios relacionados directamente con la actividad principal, especialmente en el ámbito de la investigación […] deben beneficiarse de la exención de notificación prevista en la presente Decisión incluso en caso de que la compensación recibida supere los umbrales establecidos en la presente Decisión, siempre que los Estados miembros consideren los servicios prestados como [SIEG]». La sentencia continúa recordando que, al aplicar el art. 106.2 TFUE, «hay que tener en cuenta también la falta de dimensión comercial de un servicio público determinado, cuando su calificación como SIEG se explica antes bien por su impacto en el sector competitivo y comercial (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de 26 de junio de 2008, SIC/Comisión, T442/03, Rec. p. II1161, apartado 153). De ello se deduce que los criterios enunciados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Altmark acerca de la actividad de transporte, que constituye innegablemente una actividad económica y competitiva, no se pueden aplicar con el mismo rigor al sector hospitalario, que no tiene necesariamente esa dimensión competitiva y comercial» (apartados 85 y ss.).

En segundo lugar, el Tribunal recuerda haber afirmado «que, en la medida en que un sistema nacional de salud, gestionado por los ministerios y otras entidades, se regía por el principio de solidaridad tanto a la hora de obtener financiación, mediante cotizaciones sociales y otras contribuciones estatales, como a la hora de prestar gratuitamente servicios a sus afiliados sobre la base de una cobertura universal, dichos organismos no actuaban como empresas en su actividad de gestión del sistema referido (sentencia del Tribunal de 4 de marzo de 2003, FENIN/Comisión, T319/99, Rec. p. II357, apartado 39)». La Decisión impugnada también habría atendido esta doctrina. «Por un lado, califica como económica la actividad de prestación de asistencia hospitalaria, estimando que conviene diferenciarla de la «gestión del sistema nacional de salud», ejercida por organismos públicos con prerrogativas de autoridad pública. Por otro lado, constata que los hospitales públicos también ejercen otras actividades de carácter social, que probablemente no pueden calificarse como económicas, aunque se incluyeran en la Decisión impugnada únicamente por razones de economía procedimental: aun si esas actividades se considerasen económicas, las subvenciones correspondientes serían ayudas compatibles». A ello hay que añadir que, al aplicar el art. 106.2 TFUE al sector hospitalario, es necesario tener en cuenta que el actual art. 168.7 TFUE reconoce la competencia de los Estados en «la definición de su política de salud y en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica» (apartados 90 y ss.).

Como consecuencia de todo ello, «los Estados miembros organizan su sistema nacional de salud en función de los principios que eligen, y, en particular, las obligaciones inherentes al servicio público hospitalario pueden comprender tanto obligaciones impuestas a todo establecimiento hospitalario como obligaciones complementarias impuestas únicamente a los establecimientos públicos, teniendo en cuenta su importancia creciente para el buen funcionamiento del sistema nacional de salud. No obstante, dado que la organización de la prestación de servicios de salud decidida» por el Estado miembro en el asunto controvertido «conlleva la imposición de obligaciones de servicio público a los operadores privados, debe tenerse en cuenta ese hecho al apreciar las medidas de ayuda adoptadas en el sector. En particular, cuando están a cargo de las entidades públicas y privadas encargadas del mismo servicio público exigencias diferentes, lo que supone un nivel diferente de los costes y de la compensación, esas diferencias deben manifestarse con claridad en sus respectivos actos de atribución del servicio, en especial para que sea posible comprobar la compatibilidad de la subvención con el principio de igualdad de trato. En efecto, la Comisión no puede declarar compatible con el mercado interior una ayuda de Estado que, debido a alguna de sus modalidades, vulnere los principios generales del Derecho de la Unión, como el principio de igualdad de trato (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de abril de 2008, Nuova Agricast, C390/06, Rec. p. I2577, apartado 51)» (apartados 93 y ss.).

D) Concepto de ayuda y ámbito material: naturaleza de servicio de interés económico general, error manifiesto de apreciación pues no se ha demostrado la racionalidad económica de la medida, criterio del inversor privado y protección de la imagen de marca de un Estado

La **STG de 11 de septiembre de 2012, As. T-565/08, *Corsica Ferries***, se pronuncia sobre una Decisión de la Comisión dictada en ejecución de la sentencia de 15 de junio de 2005, As. T-349/03, a la que nos referimos en el número correspondiente de esta revista, a propósito de unas ayudas otorgadas a una entidad pública encargada de la prestación de un servicio de interés económico general en el sector del cabotaje marítimo. La nueva resolución contiene algunos pronunciamientos de interés en relación con la aplicación del criterio del inversor privado en una economía de mercado a una medida consistente en la privatización de la entidad con un precio de venta negativo de 158 millones de euros. La Decisión impugnada sostenía que ese precio se limitaba al coste de liquidación de la sociedad, en el que se incluía exclusivamente el coste de las indemnizaciones complementarias por despido. La entidad recurrente oponía que la Comisión no podía incluir en el cálculo del coste hipotético de liquidación de la entidad indemnizaciones complementarias por despido que excedieran de las estrictas obligaciones legales y por convenio, en la medida en que tal enfoque no es propio del comportamiento de un inversor privado guiado por perspectivas de rentabilidad a largo plazo. Por el contrario, la Comisión adujo que esas indemnizaciones «se han convertido […] en una obligación de hecho para los grandes grupos actuales en caso de liquidación de una filial o de cierre de un centro de actividad» y que su abono «es especialmente necesario en el caso de autos, a la vista de las perturbaciones sociales recurrentes en el seno de la SNCM, para proteger la imagen de marca de la CGMF y del Estado francés» (apartados 74 y s.).

La sentencia recuerda su doctrina conforme a la cual, al comparar la medida controvertida con el comportamiento de un inversor privado en una economía de mercado, debe

tomarse en consideración el propio «de un holding privado o un grupo privado de empresas que persigue una política estructural, global o sectorial, y se guía por perspectivas de rentabilidad a más largo plazo. […] También debe precisarse que, en una economía social de mercado, un inversor privado prudente no puede abstraerse ni de su responsabilidad hacia el conjunto de partes adquirentes de la empresa ni de la evolución del contexto social, económico y medioambiental en que sigue desenvolviéndose. En efecto, todo lo relacionado con la responsabilidad social y con el contexto empresarial puede tener una gran influencia en las decisiones concretas y en las orientaciones estratégicas de un inversor privado prudente. Por ello no puede apreciarse la racionalidad económica a largo plazo del comportamiento de un empresario privado prudente sin tener en cuenta tales inquietudes. En consecuencia, el pago por un inversor privado de indemnizaciones complementarias por despido puede constituir, en principio, una práctica legítima y oportuna, según las circunstancias del caso, destinada a favorecer un diálogo social sosegado y a mantener la imagen de marca de una empresa o de un grupo empresarial. En efecto, el coste de las indemnizaciones complementarias por despido se distingue del coste de la cobertura social que recaería necesariamente en el Estado en caso de liquidación de una sociedad. En virtud del principio de igualdad de trato […] los Estados miembros también están facultados para pagar indemnizaciones complementarias por despido en caso de liquidación de una empresa pública, aun cuando sus obligaciones no pueden *a priori* exceder del estricto mínimo legal y por convenio» (apartados 78 y ss.).

Sin embargo, esa posibilidad también está sometida a límites: «la asunción de costes adicionales, por inquietudes legítimas, no puede perseguir un propósito exclusivamente social, ni siquiera político», pues en tal caso, al «carece[r] de toda racionalidad económica, siquiera a largo plazo, debe considerarse una ayuda de Estado […]. A este respecto procede apreciar que la protección de la imagen de marca de un Estado miembro como inversor global en la economía de mercado no puede constituir, fuera de circunstancias particulares y sin una motivación especialmente convincente, una justificación suficiente para demostrar la racionalidad económica a largo plazo de la asunción de costes adicionales como las indemnizaciones complementarias por despido. Permitir que la Comisión se refiera sumariamente a la imagen de marca de un Estado miembro, como actor global, para fundamentar la inexistencia de ayuda […] no sólo podría efectivamente distorsionar las condiciones de competencia en el mercado común en beneficio de las empresas que operan en Estados miembros en que el sector económico público está comparativamente más desarrollado, o en los que el diálogo social está especialmente degradado, sino también reducir indebidamente el efecto útil de las normas comunitarias en materia de ayudas de Estado» (apartados 84 y s.).

La sentencia estima el recurso porque considera que la Decisión impugnada no satisface estas exigencias: por un lado, la Comisión «no definió de manera unívoca las actividades económicas del Estado francés para las que, en su caso, podría existir una necesidad de protección de la imagen de marca» (apartado 90); por otro lado, «la Comisión no ha proporcionado suficientes elementos objetivos y verificables que permitan demostrar que, en similares circunstancias, el pago de indemnizaciones complementarias por despido sea una práctica consolidada entre los empresarios privados» (apartado 95); y, finalmente, la Comisión «tampoco ha aportado suficientes elementos objetivos y verificables que demuestren que, en ausencia de una práctica consolidada por parte de los inversores privados, el comportamiento del Estado francés estuviera motivado, en el caso de autos, por una probabilidad razonable de obtener un beneficio material indirecto, siquiera a largo plazo» (apartado 101).

E) Concepto de ayuda y alcance del control jurisdiccional: el criterio del inversor privado en el marco de la crisis financiera; la obligación de la Comisión de proceder a un análisis diligente e imparcial de todos los elementos relevantes cuando dispone de una amplia facultad de apreciación

La **STG de 2 de marzo de 2012, As. T-29/10 y T-33/10, *Países Bajos c. Comisión***, enjuicia la actuación de la Comisión en relación con las ayudas concedidas por los Países Bajos al grupo ING en el marco de la crisis bancaria y, en particular, su Decisión de 18 de noviembre de 2009, que se pronunció, entre otras medidas, sobre la modificación de las condiciones de una ayuda anterior consistente en una ampliación de capital de la entidad financiera. De acuerdo con las condiciones de amortización originariamente pactadas, «los títulos debían recomprarse a 15 euros por título (lo que representaba una prima de amortización del 50% sobre el precio de emisión), o bien convertirse en acciones ordinarias a los tres años. Si ING elegía la opción de conversión las autoridades neerlandesas tenían, no obstante, la facultad de obtener de ING la recompra de los títulos a 10 euros por título más los intereses devengados. Sólo debía pagarse al Reino de los Países Bajos un cupón por los títulos si ING pagaba un dividendo por las acciones ordinarias». Como consecuencia de la modificación de las condiciones de amortización, «ING podía recomprar hasta el 50% de los títulos a su precio de emisión, más los intereses devengados correspondientes al cupón del 8,5% anual, y una prima por amortización anticipada (también llamada «penalización por amortización anticipada») si la cotización de la acción de ING fuera superior a 10 euros. Esa prima podía alcanzar un importe máximo de 705 millones de euros, y tenía un importe mínimo de 340 millones de euros, que garantizaba una tasa interna de rentabilidad mínima del 15%» (apartados 4 y s.).

En la Decisión recurrida la Comisión califica la modificación de las condiciones de amortización como una ayuda de Estado en el sentido del actual art. 107.1 TFUE, y la declara compatible con el mercado común supeditándola a una serie de condiciones, entre las que se encuentran importantes medidas de desinversión, prohibiciones de adquisiciones hasta la completa amortización de los títulos o, en fin, el sometimiento a controles previos de su política de precios. El recurso formulado por ING se dirige contra la calificación de la medida como ayuda, que la Comisión fundamenta del modo siguiente: teniendo en cuenta que, de acuerdo con las condiciones originales, «ING normalmente tendría que pagar una prima de amortización de [2.500 millones de euros], esta modificación supondría una ventaja adicional para ING de entre [1.790 millones y 2.200 millones de euros], dependiendo del precio de mercado de las acciones de ING», de lo cual se deduciría que «el Estado renuncia a su derecho de obtener ingresos. Dado que ING ya ha aceptado una prima de amortización del 150%, cualquier reducción constituye de hecho ingresos no percibidos. La modificación de las condiciones de reembolso de la aportación de capital de los Países Bajos da lugar a un beneficio adicional para ING, lo que representa una ayuda adicional de aproximadamente [2.000 millones de euros]» (apartados 42 y s.).

Con carácter preliminar, la sentencia recuerda tres elementos centrales de su doctrina sobre ayudas de Estado. En primer lugar, para determinar si se otorga o no una ventaja en el caso de medidas de aportación de capital público es necesario «apreciar si, en circunstancias similares, un inversor privado de dimensiones comparables a las de una autoridad pública habría podido llegar a realizar aportaciones de capital de la misma cuantía, habida cuenta,

en especial, de las informaciones disponibles y de la evolución previsible en la fecha en que se realizaron tales aportaciones». Y para realizar ese análisis es necesario situarse «en el contexto de la época en que se adoptaron las medidas de apoyo financiero para valorar la racionalidad económica del comportamiento del Estado, absteniéndose pues de toda apreciación basada en una situación posterior. Esos principios son aplicables en el supuesto, como en el presente caso, de que el Estado, tras haber decidido suscribir una aportación de capital emitido por una empresa, sometida a ciertas condiciones de amortización, acepta modificarlas. En esas circunstancias puede haberse concedido una ayuda de Estado, tanto mediante la aportación de capital, que necesariamente incluye las informaciones sobre una posible amortización ulterior o una eventual remuneración de ese capital, como mediante la modificación de esas condiciones de amortización, si se advierte que el Estado no actuó en cada una de esas situaciones como lo habría hecho un inversor privado colocado en una posición similar. […] Para valorar el análisis por la Comisión de la racionalidad económica del comportamiento del Estado en el asunto del que se trata hay que situarse por tanto en el contexto de la época en la que esas medidas se adoptaron, a saber, en el presente caso, la aportación de capital y la definición de las condiciones de amortización iniciales en el otoño de 2008, y la modificación de las condiciones de amortización en el otoño de 2009, respectivamente. Sobre ello, también hay que señalar que, según reiterada jurisprudencia, la legalidad de una decisión en materia de ayudas de Estado se debe examinar en función de la información de que podía disponer la Comisión en el momento en que la adoptó» (apartados 97 y s.).

El segundo elemento se refiere al alcance del control judicial de la interpretación y aplicación al caso del art. 107.1 TFUE. El «juez de la Unión debe realizar un control íntegro en lo que atañe a la cuestión de si una medida está comprendida en el ámbito de aplicación» de ese precepto, por más que dicho control sea «limitado […] cuando las apreciaciones realizadas por la Comisión tienen carácter técnico o complejo». En particular, «en el ámbito de las ayudas de Estado, si bien la Comisión dispone de una amplia facultad de apreciación cuyo ejercicio implica valoraciones de orden económico que deben efectuarse en el contexto de la Unión Europea, ello no implica que el juez de la Unión deba abstenerse de controlar la interpretación de datos de naturaleza económica efectuada por la Comisión. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el juez de la Unión no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos […] No obstante, en el marco de este control, no corresponde al juez de la Unión sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia. En efecto, el control que los órganos jurisdiccionales de la Unión ejercen sobre las apreciaciones económicas complejas realizadas por la Comisión es un control limitado que se circunscribe a comprobar el cumplimiento de las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la falta de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder» (apartados 100 y ss.).

El tercer elemento de la doctrina que el Tribunal subraya con carácter preliminar se refiere a las garantías de la legalidad de la Decisión impugnada, entre las que «figuran la obligación de la Comisión de examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos relevantes del asunto de que se trata, el derecho del interesado a expresar su punto de vista antes de la adopción de la decisión, y el de que se motive ésta de modo suficiente. Cuando

la Comisión dispone de una amplia facultad de apreciación el respeto de esas garantías reviste una importancia aún más fundamental […]. En especial, se ha de recordar que la Comisión está obligada, en interés de una correcta aplicación de las normas relativas a las ayudas de Estado, a proceder a un examen diligente e imparcial de los elementos de que dispone» (apartados 107 y s.).

El Tribunal afirma a continuación que la aplicación del criterio del inversor privado requería «comparar las condiciones de amortización iniciales con las modificadas. A efectos de ese examen, la Comisión estaba obligada a considerar todos los aspectos pertinentes, y en especial los derivados de las condiciones iniciales de amortización y de las condiciones modificadas. Entre dichos aspectos estaban, en primer lugar, el hecho de que las condiciones iniciales no preveían una obligación, sino sólo una facultad de ING de recomprar los títulos suscritos por el Estado neerlandés en el plazo de tres años previsto a tal efecto, en segundo lugar, el hecho de que las condiciones iniciales únicamente garantizaban al Estado un rendimiento anual igual a los intereses vencidos y, en tercer lugar, el hecho de que mediante las condiciones modificadas el Estado se aseguraba la percepción de un rendimiento anual del 15%. Sin embargo, no se deduce de la Decisión impugnada que la Comisión hubiera realizado la comparación señalada […]. En lugar, de ello la Comisión se limitó a indicar que la modificación de las condiciones de amortización daba lugar, a una pérdida de ingresos para el Estado neerlandés (apartados 110 y ss.)».

Entrando en el fondo del asunto, la sentencia señala que «la modificación de las condiciones de amortización no originó *de iure* una pérdida de ingresos para el Estado neerlandés, dado que el Estado no renunció a un rendimiento garantizado sino sólo a la posibilidad de percibir, por una parte de los títulos suscritos, un rendimiento anual máximo muy alto (más del 50% anual)». Además, conforme «a las condiciones iniciales sólo se ofrecía a ING la posibilidad de amortizar el capital aportado durante los tres primeros años, e ING estaba facultada para ejercer o no la opción correspondiente según su propio interés. De ello se deduce que únicamente en virtud de las condiciones modificadas el Estado neerlandés pudo tener la certeza de recuperar una parte de la cantidad satisfecha como aportación de capital dentro de los tres primeros años previstos al efecto. No existía esa certeza, sin embargo, conforme a las condiciones iniciales» (apartados 115 y ss.).

El Tribunal reprocha a la Comisión que no examinara «la racionalidad económica de la modificación de las condiciones de amortización desde el punto de vista de un inversor privado situado en una posición comparable a la del Estado neerlandés». En particular, la Comisión no habría tenido en cuenta que el rendimiento imputado a las condiciones originales de amortización era «claramente un máximo, y no en absoluto una cláusula inalterable e irrevocable o la única base de referencia para valorar el rendimiento esperado», ni tampoco las consecuencias que para esa valoración deberían derivarse del hecho de que en aquel momento el mercado se encontraba «en crisis». En la Decisión impugnada «la Comisión no realizó un examen de ese aspecto para determinar por qué razón un rendimiento comprendido entre el 15% y el 22%, atribuido al Estado neerlandés a raíz de la modificación de las condiciones de amortización, no correspondía a lo que podía esperar razonablemente un inversor privado ante una situación similar, es decir, un titular de valores de la misma naturaleza que los emitidos con ocasión de la aportación de capital que pudieran ser amortizados por el emisor». Pero es que además el Tribunal entiende que en el momento de adoptar la Decisión se encontraban ya disponibles diversos estudios económicos de los

cuales se derivaba que, «en el contexto del examen de la existencia de una ventaja ligada a la modificación de las condiciones de amortización de la aportación de capital», era «verosímil la hipótesis de que un inversor privado podría sentirse incitado a sustituir una incertidumbre por una certeza, y a obtener de esa manera un rendimiento determinado y satisfactorio en sustitución de un rendimiento aleatorio. Por tanto, la Comisión no podía adoptar la Decisión impugnada sin tener en cuenta tales informaciones y examinar su incidencia en su apreciación de la ayuda» (apartados 119 y ss.). La sentencia llega así a la conclusión de que la Comisión «vulneró el concepto de ayuda al dejar de apreciar si, al aceptar la modificación de las condiciones de amortización, el Estado neerlandés había actuado como lo habría hecho un inversor privado situado en una posición similar, en especial debido al hecho de que el Estado neerlandés podía obtener la amortización anticipada y disponía con esa ocasión de mayor certeza de percibir una remuneración satisfactoria teniendo en cuenta las condiciones de mercado existentes en ese momento» (apartado 125).

Pero incluso si se aceptara que la Comisión podía concluir que el Estado había sufrido una pérdida de ingresos, no habría determinado correctamente el importe de esa supuesta pérdida de ingresos, puesto que, a «raíz de la modificación de las condiciones de amortización, el pago de un cupón que representara los intereses vencidos en el momento de la amortización anticipada ya no dependía, como ocurría conforme a las condiciones iniciales, del pago de un dividendo a los titulares de acciones ordinarias. Se reconoció, así pues, al Estado neerlandés el derecho a una suma de dinero a la que no tenía necesariamente derecho anteriormente porque su percepción estaba condicionada a la decisión de ING de pagar o no un dividendo. Cuando la Comisión adoptó la Decisión impugnada, es decir, el 18 de noviembre de 2009, tenía conocimiento de ese dato, que deriva de las mismas condiciones modificadas. […] Así pues, la Decisión impugnada incurre en un error de hecho, que vicia la apreciación del concepto de ayuda por la Comisión». De todo ello se deduce que la Decisión impugnada está viciada por no haberse demostrado en ella «que la modificación de las condiciones de amortización generaba una ventaja para ING que un inversor privado situado en la misma posición que el Estado neerlandés no habría aceptado, y al haber incurrido en un error sobre el importe de esa ventaja» (apartados 135 y ss.).

La sentencia concluye refiriéndose a las consecuencias de este vicio sobre los diversos pronunciamientos de la parte dispositiva de la Decisión. En primer lugar, el Tribunal considera que, teniendo en cuenta los errores señalados, procede anular el relativo a la calificación como ayuda de la modificación de las condiciones de amortización, ya que se apoya en la apreciación de que esa modificación implica una ayuda de cerca de 2.000 millones de euros. En segundo término, el Tribunal afirma que esa ilegalidad se extiende necesariamente a la del pronunciamiento por el que se declara esa ayuda compatible con el mercado común supeditando dicha calificación al cumplimiento de una serie de condiciones, puesto que el análisis de los efectos de la medida y de las condiciones padece los mismos vicios en los que incurre la calificación como ayuda (apartados 153 y 160).

F) Incentivos regionales

a) Determinación de los importes subvencionables. Obra civil en terrenos de dominio público

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012** resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 318/2010 (RJ 2012/3228), interpuesto contra el Acuerdo de la

Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 25 de marzo de 2010, que desestimó el recurso de reposición formulado contra el Acuerdo de la misma Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 17 de diciembre de 2009, por el que se concedieron incentivos regionales previstos en la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, al amparo del Real Decreto 172/2008, de 8 de febrero, de delimitación de la zona de promoción de la ciudad de Ceuta.

La entidad mercantil recurrente había propuesto, como inversión subvencionable, y entre otros aspectos, las obras de construcción proyectadas, que consistían en una nave, oficinas y almacén de materias primas, y que formaban parte de la instalación de la planta de producción de biodiésel de la citada sociedad mercantil.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso, con el argumento de que, si bien la normativa vigente en materia de incentivos regionales establece que los activos objeto de la inversión deben ser adquiridos en propiedad por el beneficiario, ello no excluye que quepa considerar inversión incentivable la obra civil propuesta en terrenos de dominio público, puesto que en tales terrenos demaniales el titular de la concesión dispone de un derecho real sobre las obras que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión, durante el plazo de validez de la concesión. La Sentencia añade que el título concesional otorga a sus titulares, durante el plazo de validez de la concesión, y dentro de los límites señalados por la Ley, los derechos y obligaciones del propietario.

En este sentido, la Sala señala que lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 899/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los incentivos regionales, de desarrollo de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, debe armonizarse con lo previsto en el artículo 97 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

La Sentencia también precisa que en el presente supuesto el plazo de duración de la concesión demanial excede del plazo de vigencia de la subvención.

Por otra parte, la entidad mercantil recurrente pretendía que el porcentaje de la subvención alcanzara el límite máximo del 30%, en vez del 12% aplicado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Esta otra pretensión es desestimada por el Tribunal Supremo, puesto que el citado organismo aplicó los módulos aprobados a estos efectos, y motivó correctamente la resolución impugnada.

b) Incentivos regionales. Aceptación de la subvención. Recurso administrativo pendiente de ser resuelto

El **Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011**, desestima el recurso de casación núm. 912/2009 (RJ 2012/2415), interpuesto por la Administración del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo presentado por una entidad mercantil, en materia de incentivos regionales, contra las resoluciones administrativas que archivaron el expediente de concesión de la subvención al no haber sido aceptada esta por la empresa solicitante en el plazo reglamentario de 15 días.

La Administración recurrente alegaba que la resolución de archivo del expediente de otorgamiento de la subvención, como consecuencia de la no aceptación expresa de esta,

contaba con la presunción de validez y era inmediatamente eficaz, con independencia del recurso de reposición que la sociedad solicitante había entablado.

La Sala del Tribunal Supremo, tras reproducir los fundamentos de derecho de la Sentencia de instancia, señala que es cierto que la empresa beneficiaria de una subvención de incentivos regionales está obligada a aceptarla expresamente en el perentorio plazo de 15 días (art. 28.2 Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre). Pero a continuación matiza que, en el presente supuesto de autos, la empresa actora había presentado un recurso de reposición contra el acuerdo de concesión, recurso en el que solicitaba un incremento de la cuantía subvencionada, por lo que se ha de concluir, según la Sala, que no puede interpretarse que se hubiera incumplido dicha obligación en tanto dicho recurso estuviese pendiente.

Para el Tribunal Supremo, la pretensión de la Abogacía del Estado podría ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, pues situaría a la empresa solicitante de la subvención en la tesitura de tener que aceptar la subvención, por una cuantía inferior a la pretendida por la citada empresa, o bien recurrir la resolución de concesión por entender que la cantidad resultaba excesivamente reducida, pero arriesgándose a perder la cantidad otorgada en el caso de que su recurso administrativo fuera desestimado.

El Alto Tribunal considera que, cuando la entidad mercantil interpuso el recurso de reposición, ello implicaba la aceptación de la cantidad otorgada, puesto que la mencionada entidad societaria pretendía incrementar la cuantía; se trataría, en palabras del Tribunal, de una aceptación implícita. El Tribunal Supremo indica que también cabe entender que el plazo de quince días para la aceptación expresa de la subvención empezaba a correr una vez solucionada la cantidad definitiva de la subvención al resolverse el recurso de reposición.

c) Obligaciones de la entidad beneficiaria. Incumplimiento

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2011** resuelve el recurso de casación núm. 3632/2009 (RJ 2012/2562), interpuesto por una entidad beneficiaria de incentivos regionales contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2009, que había desestimado el recurso 11/2008 presentado por la misma entidad mercantil con relación a la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de julio de 2007, por la que se declaró el incumplimiento total de las condiciones establecidas en la Orden de concesión de incentivos regionales a la recurrente en la Zona de Promoción Económica de Galicia.

La Sentencia, tras reproducir la de instancia, entra a examinar los siete motivos de casación planteados por la sociedad mercantil recurrente.

En cuanto al primero, se alega la prescripción de la actividad de control, plazo que es de cinco años y que en principio comienza cuando concluye el período de vigencia de la subvención. El Tribunal Supremo desestima este primer motivo de casación, porque hay una jurisprudencia constante que expresa que, cuando hay obligaciones o condiciones que han de ser cumplidas por la entidad beneficiaria, el día inicial o *dies a quo* a partir del cual ha de computarse el plazo de prescripción es el momento en que deben quedar cumplidas las condiciones.

En el presente caso, si bien el plazo de vigencia de la subvención era el 12 de abril de 2001, la propia Orden de concesión dispuso que la empresa, después del mencionado plazo, tenía que mantener como mínimo dos años los puestos de trabajo exigidos por la

presente concesión. Por lo tanto, el *dies a quo* del plazo de prescripción era el 12 de abril de 2003, y en el presente caso no se había superado (el inicio del procedimiento de control se inició el 30 de marzo de 2007).

El segundo motivo de casación se fundamenta en la inexistencia de causas interruptivas del plazo de prescripción. El Tribunal Supremo lo desestima por irrelevante, puesto que el plazo de cinco años no había transcurrido.

En el tercer motivo de casación, la entidad beneficiaria alega la caducidad del procedimiento de inspección y control. Para la Sentencia, la sociedad recurrente confunde dos procedimientos de control, que son distintos: el primero se dirigió a examinar el cumplimiento de la obligación relativa al importe de las inversiones; el segundo es el que se centró en el mantenimiento de los puestos de trabajo y no superó la duración máxima de doce meses. El Tribunal Supremo añade que, antes del inicio de este segundo procedimiento, hubo actuaciones que forman parte de la información previa (art. 69.2 Ley 30/1992), y que no pertenecen al procedimiento de comprobación.

En el cuarto motivo de casación, la entidad beneficiaria alega que en todo momento mantuvo una plantilla media de 201 trabajadores, y que en cualquier caso sufrió una situación económica desfavorable, por la paralización de talas y extracciones de pino gallego. Ambos argumentos son desestimados por el Tribunal Supremo: en cuanto al primero, indica que el mantenimiento del empleo es un mínimo de trabajadores, que hay que mantener en todo momento, criterio que se ha reiterado en numerosas sentencias; por lo tanto, no se trata de acreditar una plantilla media. En cuanto al segundo argumento de la actora, el Alto Tribunal constata que no tiene el más elemental apoyo probatorio.

En lo que se refiere al quinto motivo de casación, la mercantil beneficiaria pretende un nuevo cálculo de la obligación de reintegro de la subvención, en proporción a la magnitud del incumplimiento. A estos efectos, la entidad recurrente alega que cumplió con sus obligaciones relativas a la inversión económica y los medios de financiación, y también con la referente a la creación de empleo en la mayor parte del plazo de vigencia.

El Tribunal Supremo rechaza estos alegatos, tras constatar que la normativa prevé que, si el incumplimiento excediera del 50% o tuviera como resultado la destrucción de empleo sobre el inicialmente existente en la empresa, el incumplimiento se entenderá que es total y procederá el reingreso de todas las cantidades recibidas. La aplicación de este régimen al presente supuesto de autos permite comprobar que hubo destrucción de empleo, por lo que el Tribunal Supremo concluye que se produjo un incumplimiento total.

Finalmente, el Alto Tribunal también desestima los motivos de casación sexto y séptimo, porque la entidad recurrente insiste en alegaciones que el propio Tribunal ya ha desestimado con respecto a los motivos de casación anteriores.

d) Pérdida de subvención por incumplimiento de condiciones

La Dirección General de Fondos Comunitarios dictó Resolución acordando la pérdida de subvención concedida al no haber cumplido la beneficiaria la condición relativa al nivel de autofinanciación requerida. Desestimado el recurso interpuesto frente a dicha Resolución en primera instancia, el Tribunal Supremo rechazó también el recurso de casación en la sentencia de 22 de noviembre de 2011, Rec. 917/2009.

En su recurso de casación la recurrente alega que se produjo una aceptación tácita de la prórroga solicitada para el cumplimiento de la condición establecida en la concesión de la ayuda. El Tribunal Supremo rechaza este argumento y afirma que en materia de subvenciones no puede admitirse de forma incondicional la admisión del principio de aceptaciones tácitas o implícitas, lo que confirma el artículo 28.2 del Reglamento de la ley de incentivos regionales.

Tampoco acepta el Tribunal Supremo el argumento de que el retraso de la Administración en la anulación del expediente de concesión de la ayuda hubiera generado en la entidad recurrente la confianza legítima en la correcta obtención de la ayuda, lo que comportaría que la ayuda no podría ser revocada en virtud del principio de confianza legítima. El hecho de que la recurrente no se opusiera al expediente de cancelación de la prórroga confirmaría además la falta de los elementos necesarios para generar la confianza legítima a que alude la recurrente.

e) Fusión por absorción de entidad beneficiaria y beneficios fiscales

Concedida a una determinada entidad una ayuda financiera al amparo de la Ley 50/1985, de Incentivos Regionales, posteriormente se produjo la fusión por absorción de dicha entidad. La nueva entidad resultante solicitó el cambio a su favor de la titularidad de los incentivos regionales, lo que le fue denegado por incumplir la sociedad absorbente la condición de hallarse al corriente de sus obligaciones fiscales.

Recurrido el Acuerdo denegatorio, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso. Recurrida la sentencia en casación el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de noviembre de 2011, Rec. 6278/2009, estimó el recurso.

La recurrente alegó en su recurso casacional dos motivos, ambos amparados en el apartado d) del artículo 88.1 de la ley jurisdiccional. El primer motivo se sustentó en la existencia de una incorrecta aplicación del RDL 1564/1989 regulador de la fusión por absorción, pues según la recurrente dicha norma dispone que la sociedad absorbente asume el bloque de derechos y obligaciones de la sociedad absorbida, entre los que deben comprenderse los derechos derivados de la subvención.

Este motivo es rechazado. El Tribunal Supremo reconoce que la normativa societaria contiene el principio de sucesión universal en el caso de fusión de sociedades, pero añade que el principio tiene sus excepciones en los supuestos de derechos intransmisibles y cuando el ordenamiento jurídico somete la transmisión a unas reglas especiales, como en el caso de las ayudas públicas. Añade el Tribunal que en el caso de estas ayudas la concurrencia de las condiciones exigidas al beneficiario inicial en la persona del nuevo beneficiario es determinante para que se produzca o no la sucesión universal. Por tanto, con cita de una reiterada jurisprudencia anterior (SSTS de 13 de junio de 2006, 18 de julio de 2006 y 23 de junio de 2009), así como con referencia a lo dispuesto sobre este punto en el propio Reglamento de incentivos regionales, se desestima este motivo casacional.

El recurso se estima en base al segundo motivo. Este se basa en que el recurrente hizo todo lo necesario para cumplir con sus deberes ante la Hacienda, así como en el hecho de la escasa cuantía de la deuda, 37,50 euros. Por ello, no puede imputársele directamente el incumplimiento y su aplicación sería además desproporcionada.

3. CONTRATACIÓN PÚBLICA

A) Ámbito de aplicación

a) Ámbito de aplicación, contrato de servicios; contrato de estudios celebrado entre Administraciones y Universidades públicas

La **STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce***, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el *Consiglio di Stato* en el marco de un recurso promovido por el Colegio Profesional de Ingenieros contra un convenio de asesoramiento celebrado entre la *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* (ASL) y la Universidad de Salento, cuyo objeto era el estudio y la evaluación de la vulnerabilidad sísmica de las instalaciones hospitalarias de la provincia de Lecce. El convenio contemplaba, entre otras estipulaciones, que «la ASL será propietaria del conjunto de los resultados obtenidos durante los experimentos, pero se obliga a citar a la Universidad en toda publicación que se realice en un ámbito técnico o científico. La Universidad tiene la facultad de utilizar dichos resultados en publicaciones o comunicaciones científicas previa autorización de la ASL» (apartado 14). De igual modo, la retribución de la Universidad se limitaría a cubrir el conjunto de gastos correspondientes a la realización del servicio. Dado que el convenio se celebró sin haber tramitado una licitación el *Consiglio di Stato* pregunta en esencia si ello no vulnera la Directiva 2004/18.

El Tribunal afirma, en primer lugar, que las Universidades públicas pueden ser operadores económicos con independencia de que sean o no ellas mismas entidades adjudicadoras y de que no tengan, con carácter principal, ánimo de lucro, carezcan de una estructura empresarial o no estén presentes de modo continuado en el mercado, siempre que el Estado miembro correspondiente, al regular su actividad, las autorice a operar en el mercado ofreciendo en él determinados servicios. En segundo lugar, la sentencia precisa que las actividades propias del contrato, aunque puedan estar relacionadas con la investigación científica, están comprendidas en diversas categorías sujetas a la Directiva (servicios de investigación y desarrollo y servicios conexos de consultoría en ciencia y tecnología), sin que el contrato deje de ser tal «por el mero hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado» (apartado 29).

El Tribunal recuerda a continuación que el Derecho de la Unión sobre contratación pública no se aplica a los «contratos que establecen una cooperación entre entidades públicas que tiene por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas», siempre que esos contratos «hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan sólo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público» (apartados 34 y s.). En la sentencia se indica que el contrato controvertido se refiere a servicios en los que «una parte considerable, si no preponderante, corresponde a actividades realizadas generalmente por ingenieros o arquitectos y que, aunque tengan una base científica, no son investigación científica», de modo que «la misión de servicio público objeto de la cooperación entre entidades públicas establecida por dicho contrato no parece garantizar la realización de una misión de servicio público común a la ASL y a la Universidad» (apartado 37). Además, en el contrato se contemplaba que para su ejecución

la Universidad podría encargar a colaboradores externos altamente cualificados la realización de ciertas prestaciones, lo cual «podría favorecer a empresas privadas» (apartado 38).

b) Ámbito de aplicación: contratación «in house» y control análogo de medios propios controlados conjuntamente por diversos entes públicos

La **STJUE de 29 de noviembre de 2012, As. acumulados C-182/11 y 183/11, *Econord SpA***, profundiza en la doctrina sobre la contratación «in house», ahora en lo que respecta a los supuestos en los que el medio propio es controlado conjuntamente por varios entes territoriales. Para que la excepción se aplique es preciso que el control sea análogo al ejercido sobre sus propios servicios y, en particular, debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control, de tal modo que la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control efectivo de carácter estructural y funcional. En el supuesto de una entidad que posean en común varias Administraciones públicas, ese control puede ser ejercido conjuntamente por todas ellas, sin que sea indispensable que cada una de ellas lo ejerza individualmente. Y ello vale también si una Administración pública se convierte en socio minoritario de una sociedad por acciones de capital totalmente público con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público.

En estos casos, sin embargo, el control que se ejerce sobre la entidad «no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto. En efecto, una posición de una entidad adjudicadora en el seno de una entidad adjudicataria poseída en común que no confiera a aquélla la más mínima posibilidad de participar en el control de ésta daría pie a que pudiera eludirse la aplicación de las normas de Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o concesiones de servicios, puesto que una asociación meramente formal con tal entidad adjudicataria o con un órgano común de dirección de ésta eximiría a la entidad adjudicadora de la obligación de incoar un procedimiento de licitación de conformidad con las normas de la Unión, aun cuando la entidad adjudicadora no tuviera ninguna participación en el ejercicio del "control análogo" sobre la entidad adjudicataria» (apartados 29 y s.). La sentencia concluye precisando que en este tipo de entidades el requisito controvertido exige que «cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión», correspondiendo al órgano remitente determinar si ello se produce en un caso como el del litigio principal, en el que todos los entes participantes tenían derecho «a ser consultados, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes» (apartados 32 y s.).

B) Requisitos para contratar

a) Requisitos para contratar: exigencia de capital social mínimo para obtener una concesión de servicios de liquidación tributaria

La **STJUE de 10 de mayo de 2012, As. acumulados C-357/10 a 359/10, *Duomo Gpa Srl***, resuelve una cuestión prejudicial planteada en un litigio relativo a la licitación de una con-

cesión de servicios de gestión, verificación y recaudación de determinados tributos locales durante un período de cinco años. De conformidad con la disposición controvertida en el litigio principal, los operadores económicos establecidos en Estados miembros distintos de la República Italiana estaban obligados, al igual que los operadores privados establecidos en Italia, para continuar las actividades de liquidación, verificación y recaudación de determinados ingresos de las entidades locales italianas, a disponer de un importe mínimo de capital social totalmente desembolsado de 10 millones de euros, adaptando si fuera necesario su capital a dicho umbral para evitar que se consideren nulas las concesiones que eventualmente se les hubieran ya adjudicado. El Tribunal considera que esa exigencia constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios (arts. 56 y 49 TFUE), por lo que pasa a examinar en qué medida la disposición controvertida en el litigio principal puede admitirse en virtud de una de las razones que recoge el artículo 52 TFUE, o puede considerarse, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, justificada por razones imperiosas de interés general. Aun admitiendo como tal «la protección de la administración pública contra el eventual incumplimiento de la sociedad concesionaria habida cuenta del elevado importe global de los contratos de que es titular, […] la disposición controvertida en el litigio principal va mucho más allá» de ese objetivo, puesto que el órgano remitente señaló que «determinadas precauciones previstas por la normativa italiana sirven, en su opinión, para proteger de un modo proporcionado a la administración pública ante el incumplimiento de los concesionarios. De ese modo, la normativa italiana exige, en particular, que se presente una prueba de que se cumplen los requisitos generales para participar en un procedimiento de licitación por lo que atañe a la capacidad técnica y financiera así como de fiabilidad y solvencia. El órgano jurisdiccional remitente menciona a este respecto que se exige a las sociedades concesionarias umbrales mínimos de capital social totalmente desembolsado que varían en función del valor de los contratos de los que son efectivamente titulares». Por ello se concluye que las restricciones en las libertades de circulación son desproporcionadas y no justificables (apartados 43 y ss.)

b) Requisitos para contratar: exigencia de solvencia fijada por referencia a un único dato del balance

En la **STJUE de 18 de octubre de 2012, As. C-218/11, *Édukövízig***, se plantea el problema de la formulación del nivel de capacidad económica y financiera exigido a los licitadores por referencia a uno o a varios elementos particulares del balance. El art. 47 de la Directiva 2004/18 autoriza expresamente a las entidades adjudicadoras a elegir las referencias que deben aportar los licitadores a tal efecto, por más que el elemento elegido deba ser objetivamente apropiado para informar sobre la concurrencia de dicha capacidad sin ir más allá de lo razonablemente necesario. La sentencia precisa, sin embargo, que, dado que «las legislaciones de los Estados miembros en lo que atañe a las cuentas anuales de las sociedades no han sido objeto de una armonización completa, no puede excluirse que existan divergencias entre ellas sobre algún elemento particular del balance que haya servido de base al nivel mínimo de capacidad establecido por una entidad adjudicadora. [La] entidad adjudicadora puede exigir legítimamente la presentación de alguna referencia, aun cuando, objetivamente, no todos los candidatos o licitadores potenciales sean capaces de aportarla, lo que puede deberse […] a una divergencia de legislación», de modo que ese requisito no puede considerarse en sí mismo discriminatorio. Por ese motivo, «la exigencia de un nivel

mínimo de capacidad económica y financiera no puede, en principio, excluirse por la única razón de que dicho nivel deba justificarse por referencia a un elemento del balance sobre el que pueden existir divergencias entre las normativas de los diferentes Estados miembros» (apartados 29 y ss.).

c) Requisitos para contratar: exclusión de la licitación por una falta grave en materia profesional

La **STJUE de 13 de diciembre de 2012, As. C-465/11, *Forposta***, interpreta el art. 45.2.d) de la Directiva 2004/18, que permite excluir de la licitación a un operador económico «que haya cometido una falta grave en materia profesional», a propósito de una norma polaca que contempla la exclusión del procedimiento de licitación de un contrato público de los operadores económicos respecto a los cuales la entidad adjudicadora haya resuelto, denunciado o rescindido un contrato público debido a circunstancias que les sean imputables, cuando la resolución, denuncia o rescisión del contrato se haya producido en los tres años anteriores a la apertura del procedimiento y el valor de la parte no ejecutada del contrato ascienda al menos al 5% del valor total del mismo. El Tribunal admite que el incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte de un operador económico puede considerarse una falta cometida en materia profesional. Sin embargo, «el concepto de "falta grave" debe entenderse referido a un comportamiento que revele dolo o una negligencia de cierta gravedad por parte del operador económico en cuestión. Por tanto, todo cumplimiento incorrecto, impreciso o defectuoso de un contrato o de parte del mismo podrá acreditar, a lo sumo, que la competencia profesional del operador económico en cuestión es limitada, pero no equivale automáticamente a la comisión de una falta grave. Además, la comprobación de la comisión de una "falta grave" requiere, en principio, que se realice una apreciación concreta e individualizada de la actitud del operador económico de que se trate» (apartados 30 y ss.). El concepto de «circunstancias imputables» empleado por la disposición nacional «es muy amplio y puede abarcar situaciones que vayan mucho más allá de una actitud que revele dolo o una negligencia de cierta gravedad por parte del operador económico en cuestión. […] Además, la propia normativa nacional controvertida en el litigio principal determina los parámetros de acuerdo con los cuales un comportamiento anterior de un operador económico obliga a la entidad adjudicadora en cuestión a excluir automáticamente a dicho operador del procedimiento de adjudicación de un contrato público que se ha iniciado, sin conceder a la entidad adjudicadora la facultad de apreciar, en cada caso individual, la gravedad del comportamiento que supuestamente incurre en culpa por parte de dicho operador económico durante el cumplimiento del contrato anterior» (apartados 33 y ss.). Por todo ello, esa disposición normativa sobrepasa el margen de apreciación que la Directiva 2004/18 otorga a los Estados miembros para la concreción de su art. 45.2.d).

C) Adjudicación

a) Adjudicación: criterios de admisión y evaluación de ofertas. Las exigencias para tomar legítimamente en consideración la agricultura ecológica y el comercio justo

La **STJUE de 10 de mayo de 2012, As. C-368/10, *Comisión c. Países Bajos***, estima un recurso de incumplimiento planteado con motivo de un procedimiento de adjudicación de

un contrato de suministro. En primer lugar, el Tribunal considera que, al exigir en el pliego de condiciones que los productos estuvieran provistos de una determinada etiqueta ecológica, en lugar de utilizar las especificaciones detalladas definidas en dicha etiqueta ecológica, se formuló una especificación técnica incompatible con el artículo 23.6 de la Directiva 2004/18. Este precepto «confiere a los poderes adjudicadores la facultad de recurrir a las especificaciones detalladas de una etiqueta ecológica, pero no a una etiqueta ecológica como tal. Es cierto que, para facilitar la verificación del cumplimiento de tal exigencia», también se autoriza «a los poderes adjudicadores a indicar que los productos provistos de la etiqueta ecológica cuyas especificaciones detalladas hayan utilizado se consideran acordes con las especificaciones correspondientes. Sin embargo, […] sólo permite recurrir a la propia etiqueta ecológica de manera secundaria, como prueba de que se cumplen "las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones"», de modo que «los poderes adjudicadores deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado, como un expediente técnico del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido» (apartados 63 y ss.). En segundo término, al establecer que los productos que estuvieran provistos de determinadas etiquetas obtendrían un cierto número de puntos en el marco de la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin haber indicado los criterios en que se basan esas etiquetas ni autorizado que se presentara a través de cualquier otro medio adecuado la prueba de que un producto reunía esos criterios, el Estado miembro también habría formulado criterios de adjudicación incompatibles con el art. 53.1.a) de esa Directiva (apartados 93 y ss.). En tercer lugar, la sentencia también considera que se infringieron los arts. 44 y 48 de la Directiva al exigir al adjudicatario que reuniera determinados criterios de sostenibilidad de las compras y de responsabilidad social corporativa contribuyendo, en particular, a mejorar la sostenibilidad del mercado del café y a una producción de café responsable desde el punto de vista ecológico, social y económico, puesto que dichos criterios no están relacionados con los factores que esos preceptos señalan para establecer los niveles mínimos de capacidad técnica y profesional de los licitadores (apartado 106). Si bien «nada se opone, en principio, a que un criterio de adjudicación se refiera al hecho de que un producto proceda del comercio justo pues el ctriterio controvertido presenta con el objeto del contrato el vínculo exigido en el artículo 53, ap. 1. letra a de la Directiva 2004/18» (apartados 91 y 92). Por último, la definición de ese requisito tampoco respetó la obligación de transparencia del art. 2 de la Directiva, que implica que «todos los requisitos y modalidades del procedimiento de adjudicación se formulen de manera clara, precisa y unívoca, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata» (apartados 109 y ss.).

b) Adjudicación: ofertas anormalmente bajas e imprecisas

La **STJUE de 29 de marzo de 2012, As. C-599/10, *SAG ELV***, interpreta los arts. 55 y 2 de la Directiva 2004/18 en relación con las peticiones de aclaración del contenido de las ofertas presentadas por los licitadores. En primer lugar, el primer precepto citado obliga a los poderes adjudicadores a «verificar la composición de las ofertas anormalmente bajas,

imponiend[o] igualmente la obligación de solicitar a los candidatos que aporten las justificaciones necesarias para demostrar que esas ofertas son serias». La Directiva requiere, pues, «la existencia de un debate contradictorio efectivo entre el poder adjudicador y el candidato, en una fase adecuada del procedimiento de examen de las ofertas, a fin de que éste pueda probar que su oferta es seria» (apartados 28 y ss.). A diferencia de las ofertas anormalmente bajas, la Directiva no regula expresamente «qué debe hacerse cuando el poder adjudicador compruebe, en un procedimiento de licitación restringido, que la oferta de un candidato es imprecisa o no se ajusta a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones». Permitir en tal caso que «el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato». Sin embargo, la Directiva no se opone a que, «excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta». Por último, el Tribunal establece algunos requisitos de la petición de aclaración: (i) con ella no se debe beneficiar o perjudicar indebidamente a los licitadores a los que se dirige; (ii) no puede realizarse «hasta que el poder adjudicador haya tomado conocimiento de la totalidad de las ofertas»; (iii) debe formularse «de manera equivalente para todas las empresas que se encuentren en la misma situación, si no existe un motivo objetivamente verificable que pueda justificar un trato diferenciado de los candidatos a este respecto, en particular cuando la oferta deba rechazarse en cualquier caso por otras razones»; y (iv) ha de referirse «a todos los puntos de la oferta que sean imprecisos o no se ajusten a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, sin que el poder adjudicador pueda rechazar una oferta por la falta de claridad de un aspecto de ésta que no haya sido mencionado en esa petición» (apartados 35 y ss.).

4. ENERGÍA ELÉCTRICA

La **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2011** (recurso núm. 92/2010) estima el recurso presentado por Iberdrola, S.A., frente a la Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre, por la que se revisan los peajes de acceso para 2010 y las tarifas y primas de instalaciones de régimen especial. El Tribunal declara la nulidad del artículo 7 de la Orden impugnada en la medida en que, vulnerando lo establecido en el artículo 16.9 de la Ley del Sector Eléctrico, imputa el coste de financiación del operador del mercado de la energía eléctrica no a todos los agentes que participan en el mercado, sino únicamente a los productores de energía eléctrica.

Por su parte, la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2011** (recurso núm. 910/2009) tiene por objeto el régimen jurídico transitorio previsto en Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, para los productores de energía eléctrica acogidos al Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre.

El litigio, en este caso, se centra en la interpretación de dicha Disposición Transitoria, especialmente por el hecho de que ésta no prevé expresamente la situación de las empresas

que, estando acogidas al régimen del citado Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, a la entrada en vigor de la Ley del Sector Eléctrico, hubieran optado tras promulgarse el Real Decreto 841/2002, de 2 de agosto (que fue derogado por el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo), por la venta directa al mercado. En este sentido, la Sala afirma que estando por decisión propia bajo el sistema de venta directa a mercado regulado en el Real Decreto 841/2001, y no estableciendo nada específico sobre dicha situación la Disposición Transitoria mencionada, «debe entenderse que la situación no cambiaba para dichas empresas, pues dada la genérica inaplicabilidad del nuevo Real Decreto 436/2004 para las empresas a las que se refiere la Disposición Transitoria del mismo, dichas empresas debían necesariamente de seguir rigiéndose por las disposiciones del derogado Real Decreto 841/2002 bajo el que habían optado por un determinado régimen jurídico, tal como ha sucedido con frecuencia en los numerosos cambios regulatorios de mayor o menor entidad ocurridos en el sector» (F.J Segundo). En definitiva, la opción de regreso a tarifa de aquellas empresas que ya hubiesen ejercido dicha opción necesariamente quedaba sometida, en cuanto a su ejercicio o renuncia, a los requisitos previstos por la regulación aplicable en el momento en que la ejercieron.

La potestad sancionador del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) es objeto de análisis en la interesante **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012** (recurso núm. 5106/2009), dictada en ocasión de un procedimiento sancionador seguido contra Iberdrola, S.A., por abuso de posición de dominio en el mercado eléctrico.

El primer motivo de impugnación versaba sobre la consideración de que, en la tramitación del expediente ante el TDC, éste había practicado una nueva instrucción y una recalificación de la sanción vulnerando, de este modo, los derechos de defensa y el principio acusatorio. La Sala, sin embargo, desestima dicho motivo considerando que con las diligencias practicadas por el TDC lo que se pretendía era profundizar en los hechos investigados para su mayor concreción y acreditación, sin que en ningún caso supusiera introducción de nuevos datos fácticos. En consecuencia, no había habido un cambio sorpresivo en la calificación de los hechos, pues se habían tenido en cuenta los mismos que se recogían en los informes de la Comisión Nacional de la Energía y que habían servido de base a la denuncia.

En caso contrario —sostiene el Tribunal Supremo— la imputación formal efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia resultaría intangible para el TDC en cuanto a los concretos hechos constitutivos de la infracción. De tal forma que sólo sería posible modificar la imputación en cuanto al tipo sancionador aplicable pero no en lo que respecta a los hechos, con independencia del conjunto de hechos y conductas sobre los que hubiera versado el expediente sancionador. Concluyendo que ni la concreta regulación legal ni los principios constitucionales avalan una concepción tan formalista del procedimiento administrativo sancionador.

El segundo motivo de casación se refería a la falta de acreditación de la presunta conducta abusiva realizada por Iberdrola, S.A. En este caso, recordando la admisibilidad de la prueba por presunciones, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo entiende probada dicha posición de dominio en base a presunciones, las cuales considera perfectamente legítimas y aptas para considerar acreditada la conducta de la empresa; recordando, además, que dichas presunciones podían haber sido fácilmente destruidas por

la recurrente con la simple aportación de datos reales. En este punto, el Tribunal Supremo realiza una observación interesante al recordar que el ofrecimiento por parte de las centrales eléctricas del producto al precio que se considere más conveniente a sus intereses o, simplemente, que les resulte más rentable no puede ser entendido como una conducta legítima en el mercado libre. Pues, aun siendo el mercado de producción eléctrica un mercado liberalizado, ello no impide que se encuentre también fuertemente regulado, dado el papel esencial de la electricidad en el sistema económico.

Finalmente, el Tribunal Supremo desestima también el último motivo, relativo a la supuesta inversión de la carga de la prueba, puesto que considera que, como decíamos antes, la Sentencia de instancia se asienta sobre una prueba de presunciones perfectamente admisible en el campo sancionador.

Esta Sentencia cuenta con un voto particular elaborado por D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, al que se adhiere D.ª María Isabel Perelló Domènech, en el que disienten de la Sentencia y de la interpretación efectuada por la mayoría acerca de las facultades sancionadoras del TDC. En particular, disienten sobre la posibilidad del TDC de introducir una nueva calificación jurídica al amparo del artículo 43 de la Ley de Defensa de la Competencia, considerando que ésta podría vulnerar las garantías procesales previstas en el artículo 24.2 de la Constitución.

Por último, la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012** (recurso núm. 419/2010) resuelve el recurso contencioso-administrativo presentado contra la Orden ITC/1723/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de julio de 2009 y las tarifas y las primas de determinadas instalaciones de régimen especial. El objeto del recurso se centra, esencialmente, en el sistema de financiación del bono social regulado en el Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, y que desarrolla la Orden impugnada.

En este caso, la Sala estima el recurso al considerar que la regulación prevista en dichas normas no respeta los requisitos previstos por la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio, relativa a las normas comunes para el mercado interior de electricidad. En efecto, se considera que el mecanismo de financiación del bono social supone una obligación para las empresas generadoras obligadas a participar en él que debe calificarse de discriminatoria y no transparente, por cuanto no se han explicitado las razones por las que deba imponerse a dicho sector en general, y a dichas empresas generadoras en particular, la prestación que implica la financiación del bono social.

La Sentencia cuenta con un voto particular formulado por D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat que disiente del parecer mayoritario al entender que, aunque el establecimiento del bono social pueda considerarse una obligación de servicio público amparada por la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio, debería de haberse planteado, con carácter previo, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Toda vez que —a juicio del Magistrado— no se apreciaría contradicción entre la normativa española y europea, en el sentido de que la obligación de financiación impuesta por el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, no incumpliría las exigencias derivadas de los principios de transparencia y no discriminación, en cuanto que las circunstancias y condiciones concurrentes en el sector eléctrico español justifican la legalidad y equidad de esta decisión, adoptada por el legislador de urgencia por razones de interés económico general.

5. TELECOMUNICACIONES

La **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2011** (recurso núm. 5547/2009) se refiere al procedimiento de concesión para la prestación del servicio de televisión digital local en Cataluña. El recurso, en este caso, se centra en los criterios utilizados por la Administración catalana para adjudicar el servicio. Así, en primer lugar, la Sala de lo Contencioso-Administrativo considera que la divergencia entre el acuerdo adoptado por la Generalitat de Cataluña y la recurrente en relación con los criterios de concesión no se fundamentan en meros errores materiales o de cómputo, sino que constituyen hechos controvertidos y, por lo tanto, no estaban exentos de prueba.

En segundo lugar, se niega que se haya producido tampoco ninguna vulneración del artículo 335 de la LEC, al imponer la carga de la prueba a la recurrente puesto que, como señalaba la Sentencia de instancia, la cuestión suscitada precisaba del auxilio de conocimientos técnicos especializados. En este sentido, al no aportarse por la recurrente documentación alguna ni solicitarse el recibimiento a prueba sobre estos elementos controvertidos, no puede alcanzarse convicción alguna sobre el fondo de los hechos alegados por la recurrente y, en consecuencia, se desestima el recurso.

La **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011** (recurso núm. 4610/2009) se ocupa, nuevamente, de la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) para la práctica de requerimientos al operador del mercado audiovisual. La Sala se limita a recordar la jurisprudencia sentada en muchas sentencias anteriores —y que ya hemos tenido ocasión de comentar en esta misma *Revista*; véanse, por ejemplo, los números 56 y 57—. Así, se niega que la solicitud de información de la CMT a la operadora audiovisual adolezca de motivación en tanto que se trata de una solicitud periódica que se repite trimestralmente y que queda de suyo justificada por la obligación que la CMT tiene, *ex lege*, de elaborar un informe anual sobre la evolución de los mercados en los que ostenta competencias, como el audiovisual.

Igualmente, desde el punto de vista de la proporcionalidad, la Sala concluye que los datos requeridos son por tanto los necesarios para que el organismo regulador pueda conocer la situación de los mercados con un grado de concreción suficiente y pueda cumplir con sus funciones de informe, sino que responde también a otros fines, como son los necesarios para que el organismo regulador cumpla sus funciones.

6. TRANSPORTES TERRESTRES

Procedimiento de modificación de concesión de transportes

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012** desestima sendos recursos de casación interpuestos por dos empresas mercantiles, por una parte, y por el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, por otra parte (recurso de casación núm. 959/2009; GC 2012/3346), contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de noviembre de 2008, en materia de concesiones de transportes.

Esta Sentencia del TSJ de Galicia estimaba parcialmente el recurso presentado por una tercera entidad mercantil, y anulaba la Resolución de 15 de diciembre de 2006, por la que se autorizaba provisionalmente el solapamiento entre dos concesiones al objeto de conectar una urbanización con la red urbana de Santiago, a través de la línea Outeiro-Castiñeiriño-San Lázaro.

El Tribunal Supremo, tras reproducir parte de la Sentencia de instancia, examina los tres motivos de casación alegados por las partes, y que son coincidentes. A estos efectos, el Alto Tribunal constata la falta de fundamento de los motivos casacionales planteados, si bien en cualquier caso los examina brevemente.

En primer lugar, el Tribunal Supremo desestima el alegato consistente en que el Tribunal de instancia no habría analizado de forma congruente los hechos debatidos y habría prescindido de la declaración de urgencia. La Sentencia destaca que las entidades recurrentes no incorporan ningún razonamiento para justificar en qué habría consistido la supuesta infracción jurídica.

En segundo lugar, las partes recurrentes alegan que el procedimiento estaba justificado por el carácter provisional y la alegada urgencia de la solicitud. La Sala del Tribunal Supremo rechaza este pretensión porque, en sintonía con lo establecido por el Tribunal de instancia, destaca que la relevancia de que se tratase de un solapamiento y no de una simple variación de itinerario, y la afectación de intereses de terceros (la entidad recurrente en instancia) reclamaban que se hubiera seguido una tramitación completa. En este sentido, el Tribunal Supremo también rechaza la afirmación de las actoras, en cuanto que sí se habría seguido un procedimiento, puesto que el Alto Tribunal constata que las recurrentes no han explicado qué tramites se cumplieron y, en todo caso, un análisis del expediente demuestra que sólo hay la solicitud de solapamiento, y la resolución autorizatoria del día siguiente a la recepción de la solicitud. El resto del expediente se centra en los trámites relativos al recurso de alzada, que no se concluyó mediante resolución expresa.

Finalmente, en tercer lugar, las entidades recurrentes alegan que la Sentencia de instancia habría vulnerado el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos y el carácter no suspensivo de los recursos (arts. 57 y 94 de la Ley 30/1992). El Tribunal Supremo rechaza de plano esta pretensión, puesto que recuerda que los mencionados principios no impiden la impugnación del acto administrativo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y tampoco impiden que el órgano judicial declare su nulidad cuando considere que han conculcado preceptos legales que comportan su nulidad o anulabilidad.

LUIS ARROYO JIMÉNEZ
RICARD GRACIA RETORTILLO
ELISENDA MALARET
JOSEP MOLLEVI I BORTOLO
JOAQUÍN TORNOS MAS
MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

Sumario

1. CONSUMO
   - **A) Reducción del 20% en la facturación mensual de la electricidad como consecuencia del incumplimiento de la calidad del suministro siempre que no supere el límite del 10% en la facturación anual.**
2. DEPORTE.
   - **A) Nulidad de la Resolución de 19 de septiembre de 2009, de la Presidencia del CSD, por la que se aprueba el formulario de localización de deportistas, tras el recurso interpuesto por la Asociación de Ciclistas Profesionales.**
3. EDUCACIÓN.
   - **A) No universitaria.**
     - a) Referencia al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas.
     - b) Fijación de la *ratio* a efectos de los conciertos educativos.
     - c) Atención a «superdotados».
   - **B) Universitaria.**
     - a) Recusación fundada de miembros de la Comisión de Habilitación.
     - b) Anulación de la propuesta de declarar desierta una plaza.
     - c) Competencia estatal, autonómica y autonomía universitaria.
4. EXTRANJEROS.
   - **A) Permisos y visados.**
   - **B) Denegación de entrada y expulsión.**
   - **C) Asilo y condición de refugiado.**
   - **D) Nacionalidad.**
5. JUEGO
   - **A) Los artículos 43 CE y 49 CE se oponen a una normativa nacional que concede un derecho exclusivo para la realización, gestión, organización y explotación de juegos de azar a una única empresa que reviste la forma jurídica de sociedad anónima y cotiza en bolsa.**
6. SANIDAD.
   - **A) Consentimiento informado.**

1. CONSUMO

A) Reducción del 20% en la facturación mensual de la electricidad como consecuencia del incumplimiento de la calidad del suministro siempre que no supere el límite del 10% en la facturación anual

La **STC 4/2013, de 17 de enero**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 7.3.a) de la Ley de protección de la calidad del suministro eléctrico de Extremadura que el Abogado del Estado entiende contrario a la normativa básica estatal (arts. 48 de la Ley del sector eléctrico y 104 y 105 del Real Decreto 1955/2000) y que afecta al régimen de tarifa única, al crear un supuesto de disminución de ingresos en la facturación por la prestación del suministro aplicable únicamente en Extremadura, reduciendo, en consecuencia, la retribución de las empresas en la Comunidad Autónoma.

El art. 7.3.a) de la Ley, al regular los derechos de los consumidores, establece la posibilidad de «la reducción de la facturación a abonar por los consumidores», debida a «las variaciones de tensión o interrupciones de suministro continuadas y superiores a 1 hora», con «reducción de la facturación mensual de un 20%, porcentaje que será elevado en dos puntos porcentuales por cada hora o fracción adicional». Por su parte, el art. 48.4 de la Ley del sector eléctrico, dispone que: «Reglamentariamente se establecerá el procedimiento para determinar las reducciones que hayan de aplicarse en la facturación a abonar por los usuarios si se constatara que la calidad del servicio individual prestado por la empresa es inferior a la reglamentariamente exigible». Esa calidad reglamentariamente exigible a la que hace referencia el precepto legal es la establecida en el art. 104 del Real Decreto 1955/2000, el cual determina los criterios aplicables en materia de continuidad del suministro eléctrico obligando a que el número y duración de las interrupciones no previstas no superen los valores máximos anuales, medidos en número de horas y en número de interrupciones que el propio precepto determina, diferenciando entre suministros de media y baja tensión para cada uno de los cuatro tipos de zonas fijadas en el art. 99.4 del Real Decreto 1955/2000. En caso de que, para algún usuario individual, dichos máximos, en términos de número de interrupciones y duración en horas, sean superados, la consecuencia prevista por el Real Decreto 1955/2000, es la obligación para las empresas de aplicar a tal usuario los descuentos previstos en su art. 105, con un tope máximo de descuento del 10% de la facturación anual, descuento aplicable dentro del primer trimestre del año siguiente al del incumplimiento y todo ello sin perjuicio de la reclamación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la calidad de servicio individual. El recurso alega que las reducciones previstas en la Ley de protección de la calidad del suministro eléctrico de Extremadura no sólo exceden del porcentaje sobre la factura (20% frente al 10%), sino que son más exigentes desde el punto de vista temporal (una hora) y territorial (para todas las zonas), además de aplicarse mensualmente frente al criterio anual establecido en la norma estatal.

A juicio del TC, el art. 7.3.a) de la Ley «está regulando un supuesto no previsto en la normativa estatal». Por ello no contradice las bases estatales, sino que constituye una norma propia en materia de calidad del suministro eléctrico, que consiste en las variaciones de tensión o interrupciones de suministro continuadas y superiores a una hora. Ahora bien, en lo que respecta al número y duración de las interrupciones, resulta que ha de interpretarse

que el concepto de continuidad manejado por el precepto impugnado ha de ser necesariamente coincidente con el de la normativa básica.

Por su parte, la reducción del 20% en la facturación mensual es compatible con el límite del 10% de descuento de la facturación anual establecido en la norma estatal, puesto que, si bien este último porcentaje no es un mínimo superable sino un máximo reducible, nada impide interpretar que el mismo, como tal máximo, se configure como un límite absoluto en la reducción de la facturación a que tiene derecho el consumidor. De esta forma el descuento regulado en la norma autonómica tendrá como tope máximo el 10% de la facturación anual del consumidor con derecho a reducción, sin que el diferente criterio temporal en la aplicación de los descuentos impida esta interpretación. En efecto, tales criterios son compatibles e independientes, siempre dentro del respeto al límite máximo anual. Interpretación confirmada por el hecho de que el art. 11.2 del Decreto autonómico 58/2007, de 10 de abril, señala que tanto las reducciones en la facturación que hayan de practicarse en cumplimiento de lo dispuesto en el mismo, como aquellas que procedan en virtud de lo establecido en la normativa estatal que regula la continuidad del suministro eléctrico, tendrán conjuntamente como tope máximo el 10% de la facturación anual del consumidor con derecho a reducción.

Finalmente, en cuanto a las eventuales repercusiones tarifarias alegadas por el Abogado del Estado, entendiendo las mismas referidas ahora a la denominada tarifa de último recurso prevista en el art. 18 de la Ley del sector eléctrico, dicha alegación no puede ser acogida puesto que, afirmado ya que el límite de las reducciones a aplicar en la facturación como consecuencia de la aplicación del precepto impugnado es el previsto en la normativa estatal, y constatado que la reducción tarifaria por defectuosa prestación del servicio está prevista en la propia Ley del sector eléctrico (art. 48.4), no puede ligarse a la norma autonómica una repercusión tarifaria distinta de la ya prevista por el Estado. En consecuencia, el art. 7.3.a) de la Ley de protección de la calidad del suministro eléctrico de Extremadura no vulnera el orden constitucional de competencias, entendiendo que los descuentos a los que da lugar no pueden superar en su importe el porcentaje máximo del 10% establecido por la norma estatal, viniendo motivados tales descuentos o reducciones en la facturación por las interrupciones o variaciones de tensión superiores a una hora de duración determinantes de la falta de continuidad del suministro, de acuerdo con los índices relativos al número y duración de interrupciones y la diferenciación por zonas establecida en la normativa básica estatal.

2. DEPORTE

A) Nulidad de la Resolución de 19 de septiembre de 2009, de la Presidencia del CSD, por la que se aprueba el formulario de localización de deportistas, tras el recurso interpuesto por la Asociación de Ciclistas Profesionales

La **STS de 27 de noviembre de 2012**, Ar. 11024, rechaza el recurso de casación interpuesto por la abogacía del estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2012 (RJCA 2012, 67). La localización de deportistas a efectos de control de dopaje se reguló inicialmente en los artículos 43, 44 y 45 del Real Decreto 641/2009, de 17 de

abril, estableciendo dos tipos de obligaciones a observar por los deportistas con licencia para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal. Una, la de facilitar los datos que permitan su localización habitual mediante la cumplimentación del formulario que por Resolución establezca el Presidente del Consejo Superior de Deportes. Y, por otro lado, la obligación específica de cumplimentar el formulario de localización que se establezca mediante Resolución del Presidente del Consejo Superior de Deportes de los deportistas que se incluyan en el Plan Individualizado de Controles.

Por lo tanto, se trata en realidad de dos tipos de formularios. El recogido en el anexo primero de la resolución, para ser cumplimentado por los deportistas con licencia que les habilite para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal. Y el recogido en el anexo segundo, que deben cumplimentar los deportistas incluidos en el Plan Individualizado de Controles, los cuales deben facilitar una información más detallada. El anexo tercero de la resolución contiene las Instrucciones para la correcta cumplimentación de los formularios.

Según reza la Resolución de 19 de septiembre de 2009, «ambos formularios deben ser cumplimentados y remitidos antes del inicio de cada trimestre natural (1 de enero, 1 de abril, 1 de julio y 1 de octubre), teniendo en cuenta que la localización debe poder ser realizada en cualquier momento del día para controles en competición y entre las 06,00 horas y las 23,00 horas, con 60 minutos de disponibilidad total para los controles fuera de competición, en ambos casos durante todos los días del año. Excepcionalmente, siempre que se justifique por causas médicas, incluidas todas las relacionadas con el antidopaje, de conformidad con el artículo 47 del Real Decreto, podrán realizarse controles fuera de competición a cualquier hora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 7/2006».

Dichas obligaciones impuestas a los deportistas facilitando los datos que permitan su localización mediante el cumplimiento del formulario contenido la resolución recurrida se refieren a cualquier deportista cuya licencia federativa le habilite para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 32. 4 de la Ley 10/1990, de 15 octubre, del deporte, cabe concluir que la obligación de localización alcanza a todos los deportistas con licencia federativa, bien haya sido expedida por la Federación Española o bien por cualquiera de las federaciones autonómicas, y alcanza desde deportistas menores de edad hasta deportistas de 75 años de edad, incluyendo los deportistas de alto nivel y profesionales.

El Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, al desarrollar en este punto la Ley Orgánica 7/2006, estableció la obligación por parte de los deportistas de facilitar a la administración el domicilio habitual y sólo en ausencias superiores a 3 días se debería proporcionar la dirección completa o localización temporal en ese período de ausencia del domicilio habitual. Sin embargo, la resolución recurrida, con base en las modificaciones introducidas en dicho reglamento por el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, incrementa la obligación de localización habitual de los deportistas e impone una obligación de localización permanente. De este modo, el alcance de la obligación impuesta a los deportistas por la resolución recurrida, resulta más gravosa que la prevista en el artículo 45.1 del Real Decreto 641/2009.

Al respecto debe recordarse que la STS de 13 de octubre de 2011, declaró la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 1462/2009, de 18 septiembre (*vid.* Crónica en *Justicia*

Administrativa núm. 55) por el que se modificó el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril. Por lo tanto debe concluirse que la Resolución —de 19 de septiembre de 2009— en cuanto establece, con base en las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1462/2009, que los datos que permitan la localización de los deportistas hayan de remitirse a la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, del Consejo Superior de Deportes, en vez de a las respectivas federaciones deportivas, no se ajusta al ordenamiento jurídico, en concreto, al artículo 42.3.a) del Real Decreto 641/2009. Asimismo, en la medida en que la Resolución —de 19 de septiembre de 2009— exige la localización permanente de los deportistas, tanto los que se incluyan en el plan individualizado de controles como los que no se incluyan en dicho plan, es contraria a lo dispuesto en el artículo 45.1.a) del Real Decreto 641/2009.

En consecuencia, considerando que la Resolución de 19 de septiembre de 2009, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, no se ajusta al Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, que es la única reglamentación de cobertura en materia de regulación de los procesos de control de dopaje y medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte, una vez que la STS de 13 de octubre de 2011 (Crónica *Justicia Administrativa* núm. 55), declaró la nulidad de pleno derecho del Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, es lo procedente, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, concluir que la Resolución recurrida es nula de pleno derecho, lo que confirma el TS, tras el recurso de casación interpuesto por la abogacía del Estado.

La *Vuelta 2005* entraba así en la historia al ser la cuarta victoria del corredor Roberto Heras, el máximo número de triunfos en la historia de esta competición. Sin embargo, Heras dio positivo el 27 de octubre de 2005 en un análisis de EPO, en una muestra correspondiente a la penúltima etapa de la Vuelta. Tras el consecuente contraanálisis, el corredor fue desposeído de la victoria, la cual se le otorgó al ruso Denis Menchov, segundo en la carretera.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Referencia al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas

Corresponde a otro apartado de esta Revista destacar las sentencias que inciden sobre el reparto de competencias —entre las que ostenta el Estado y las que ostentan las Comunidades Autónomas— en materia de educación, pero quizás merezca la pena destacar aquí que, en el periodo al que se contrae esta crónica, se han producido diversas sentencias destacables por parte del Tribunal Constitucional a este respecto:

— La **STC núm. 184/2012, de 17 de octubre de 2012**, en relación con los itinerarios y materiales educativos y con el establecimiento de los criterios de admisión en centros educativos sostenidos con fondos públicos.

— La **STC núm. 207/2012, de 14 de noviembre de 2012**, en relación con la prueba de acceso a los estudios universitarios.

— La **STC núm. 212/2012, de 14 de noviembre de 2012**, en relación con enseñanzas comunes, formación del profesorado, evaluación e inspección educativa y premios a la excelencia académica.

— La **STC núm. 213/2012, de 14 de noviembre de 2012**, en relación con la organización de la educación preescolar, y el régimen de conciertos en la educación infantil, itinerarios educativos y promoción de los alumnos.

— La **STC núm. 214/2012, de 14 de noviembre de 2012**, en relación con el establecimiento de los criterios de admisión en centros educativos sostenidos con fondos públicos y con las disposiciones relativas a la atención a alumnos con necesidades educativas específicas.

b) Fijación de la ratio *a efectos de los conciertos educativos*

La **STS de 25 de septiembre de 2012**, rec. 237/2012, en un recurso contra la Orden del Consejero de Educación de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por la que se regulaban las *ratios* de concertación, reitera la argumentación contenida en su STS de 5 de junio de 2012, considerando que tal *ratio* no ha de ser definida exclusivamente por una relación media entre alumnos y profesor, sino que ha de referirse a la unidad escolar.

c) Atención a «superdotados»

La **STS de 12 de noviembre de 2012**, rec. 3858/2011, al hilo de la impugnación de una Orden de la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias que regulaba la atención educativa al alumnado con altas capacidades intelectuales, efectúa una interesante recopilación de su jurisprudencia anterior (especialmente, sus SSTS de 8 de febrero de 2005 y de 21 de febrero de 2007).

B) Universitaria

a) Recusación fundada de miembros de la Comisión de Habilitación

La **STS de 19 de julio de 2012**, rec. 2825/2009, ratifica la recusación de dos miembros que formaron parte de una Comisión de Habilitación para profesores titulares de Universidad, aplicando unos criterios estrictos con respecto a la relación previa entre una candidata que salió propuesta y dos componentes de aquélla.

b) Anulación de la propuesta de declarar desierta una plaza

Es lo que hace la **STS de 22 de octubre de 2012**, rec. 5690/2010, con respecto a un concurso convocado para cubrir una plaza de Profesor Titular de Universidad, a la que se había presentado un único candidato.

c) Competencia estatal, autonómica y autonomía universitaria

La **STC núm. 223/2012, de 29 de noviembre de 2012**, analiza un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Parlamento de Andalucía, en relación con diversos preceptos

de la Ley Orgánica de Universidades (2001), pero en el que también actuaba como parámetro de enjuiciamiento el art. 27.10 CE. El Alto Tribunal ratifica la constitucionalidad de lo preceptos en liza (con dos votos particulares).

4. EXTRANJEROS

A) Permisos y visados

La **STJUE de 6 de diciembre de 2012**, as. O.S., C-356 y 357/11, se refiere al derecho a la reagrupación familiar, desde el prisma de la ciudadanía de la Unión (*ex* art. 20 TFUE, por tanto). Y de ella procede destacar su siguiente pronunciamiento: «El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro deniegue al nacional de un tercer país un permiso de residencia solicitado al amparo de la reagrupación familiar, cuando dicho nacional pretende residir con su cónyuge, también nacional de un tercer país legalmente residente en dicho Estado miembro y madre de un hijo, fruto de un primer matrimonio y que es ciudadano de la Unión, y con el hijo fruto de su propia unión, también nacional de un tercer país, *siempre que tal negativa no provoque, para el ciudadano de la Unión afectado [el menor], la privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente*».

También en relación con la reagrupación familiar, tenemos dos sentencias del Tribunal Supremo. La **STS de 18 de julio de 2012**, rec. 6444/2011, ratifica la legalidad de la denegación del visado, por basarse en la convicción de tratarse de un «matrimonio de conveniencia». Pero la **STS de 28 de septiembre de 2012**, rec. 1335/2012, sí que confiere el mencionado visado, sobre todo, por tener en cuenta que la reagrupante tenía la nacionalidad española.

B) Denegación de entrada y expulsión

En esta materia los Estados miembros también tienen que tener en cuenta el Derecho de la Unión Europea y, a este respecto, la **STJUE de 6 de diciembre de 2012**, as. Md Sagor, C-430/11, presenta destacado interés. Aquí sólo recogeremos su interpretación principal:

> «La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, debe interpretarse en el sentido de que:
>
> — *no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión*, y
>
> — *se opone a una normativa de un Estado miembro que permite sancionar la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de arresto domiciliario sin garantizar que la ejecución de tal pena deba finalizar tan pronto como sea posible el traslado físico del interesado fuera de dicho Estado miembro*».

C) Asilo y condición de refugiado

La **STS de 22 de junio de 2012**, rec. 4112/2011, concede la permanencia en España por razones humanitarias (en unidad de doctrina con sus anteriores SSTS de 21 y 23 de mayo de 2012), diferenciando entre la concesión de asilo y la autorización de permanencia por razones humanitarias.

Por su parte, la **STS de 18 de octubre de 2012**, rec. 875/2012, tiene en consideración un «hecho notorio» sobrevenido (cual es la situación de guerra civil en Siria) para, sin conceder el asilo, otorgar la permanencia por razones humanitarias.

Sin embargo, la **STS de 6 de julio de 2012**, rec. 6426/2011, también deniega la concesión de asilo (y la permanencia por razones humanitarias) por falta de acreditación de la alegada persecución por su condición de mujer de la solicitante.

Y los mismo sucede en la **STS de 21 de septiembre de 21012**, rec. 75/2012, que deniega la concesión de asilo por falta de acreditación de la alegada persecución por la condición de homosexual del solicitante.

D) Nacionalidad

De entre las que conceden la nacionalidad, podemos destacar tres sentencias. Las **SSTS de 4 de julio y 31 de octubre de 2012**, rec. 5251/2009 y rec. 6297/2009, respectivamente, lo hacen porque, como tantas veces ha interpretado el Alto Tribunal, unos informes reservados que no proporcionen un mínimo de datos sobre las razones determinantes de la denegación, que permitan al interesado articular su defensa frente a ellas (y a los tribunales conocer dichas razones y verificar si se ajustan a la legalidad y a la racionalidad), no pueden ser suficientes.

En fin, la **STS de 28 de noviembre de 2012**, rec. 4845/2010, hace una interpretación flexible del requisito de la residencia legal, *continuada* e inmediatamente anterior durante un plazo de diez años, atendiendo a las circunstancias particulares del solicitante y concede la nacionalidad.

5. JUEGO

A) Los artículos 43 CE y 49 CE se oponen a una normativa nacional que concede un derecho exclusivo para la realización, gestión, organización y explotación de juegos de azar a una única empresa que reviste la forma jurídica de sociedad anónima y cotiza en bolsa

La **STJ de 24 de enero de 2013**, asuntos acumulados C-186/11 y C-209/11, tiene por objeto dar respuesta a varias cuestiones prejudiciales planteadas desde Grecia. En tal sentido, tal como se desprende de las resoluciones de remisión, en Grecia, en virtud tanto de las Leyes n.os 2433/1996 y 2843/2000 como del contrato celebrado entre el OPAP y el Estado griego en 2000, se ha concedido al OPAP, por un período de 20 años, esto es, hasta 2020, el derecho exclusivo de realizar, gestionar, organizar y explotar juegos de azar e impresos de apuestas con ganancias fijas o variables. El OPAP, inicialmente una empresa pública

enteramente participada por el Estado griego, se transformó en sociedad anónima en 1999 y pasó a cotizar en la bolsa de Atenas en 2001. Tras su salida en bolsa, el Estado conservó el 51% del capital social del OPAP. En 2005, el Estado decidió convertirse en accionista minoritario y conservar únicamente el 34% de las acciones del OPAP. Tras la entrada en vigor de la Ley núm. 3336/2005, pese a que el Estado griego no disponía más que de una participación minoritaria en el capital del OPAP, seguía conservando la facultad de designar a la mayoría de los miembros del consejo de administración de esta sociedad.

Stanleybet, William Hill y Sportingbet son sociedades cuyo domicilio social está en el Reino Unido, donde explotan licencias para organizar juegos de azar. Todas ellas interpusieron recurso ante el órgano jurisdiccional remitente con el fin de obtener la anulación de la denegación presunta por parte de las autoridades griegas de su solicitud de una autorización para organizar, en territorio griego, apuestas deportivas, así como autorización para organizar los juegos de azar ya existentes en el mercado griego. En opinión de la mayoría de los miembros del órgano jurisdiccional remitente, la normativa que atribuye al OPAP una posición de monopolio no puede considerarse justificada a la luz de los artículos 43 CE y 49 CE. Estiman que tal normativa no se encuentra justificada por la necesidad de reducir la oferta de juegos de azar de modo coherente y eficaz. A su juicio, tampoco se justifica por el objetivo de combatir la delincuencia asociada a los juegos de azar, ya que no cabe calificar como controlada la expansión del sector de los juegos de azar en Grecia. Por el contrario, según la tesis mantenida por la minoría del órgano jurisdiccional remitente, la situación de monopolio derivada de la normativa nacional sobre la que versa el litigio está justificada a la luz de los artículos 43 CE y 49 CE, ya que el objeto de la normativa no responde a la necesidad de reducir la oferta de juegos de azar, sino que consiste en combatir la delincuencia asociada al mundo de las apuestas, que en Grecia se persigue a través de una política de expansión controlada del sector de los juegos de azar.

Respecto a todo ello, respondiendo a las cuestiones prejudiciales plateadas el Tribunal de Justicia declara que los artículos 43 CE y 49 CE se oponen a una normativa como la griega, que concede el derecho exclusivo de realización, gestión, organización y explotación de los juegos de azar a un único organismo cuando, por una parte, esta normativa no responda verdaderamente al afán de reducir las oportunidades de juego y de limitar las actividades en este ámbito de forma coherente y sistemática y, por otra parte, las autoridades públicas no ejerzan un control estricto de la expansión del sector de los juegos de azar, sin exceder de la medida en que ello sea necesario para luchar contra la delincuencia asociada a tales juegos, extremos estos que corresponde al órgano jurisdiccional remitente analizar.

Y en el supuesto de que la normativa griega en materia de organización de juegos de azar sea incompatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, las autoridades nacionales no pueden abstenerse, durante un período transitorio, de examinar solicitudes, como las planteadas por las empresas Stanleybet, William Hill y Sportingbet, relativas a la concesión de licencias en materia de juegos de azar. Todo ello sin perjuicio de que las autoridades nacionales competentes pueden apreciar las solicitudes de licencia de organización de juegos de azar que les sean formuladas en función del nivel de protección de los consumidores y del orden social que pretenden alcanzar basándose, en cualquier caso, en criterios objetivos y no discriminatorios.

6. SANIDAD

A) Consentimiento informado

La conocida doctrina del Tribunal Supremo, consistente en que la falta o insuficiencia de consentimiento informado es, en sí (independientemente del tratamiento efectuado) una mala *praxis* que merecerá, en su caso, una indemnización por daño moral, se reitera en diversas sentencias pronunciadas durante el lapso de tiempo a que se refiere esta Crónica (así, la **SSTS de 24 de julio, 2 y 9 de octubre, 13 y 20 de noviembre de 2012**, rec. 2040/2011, 3925/2011, 5450/2011, 5283/2011, 5637/2011 y 5870/2011, respectivamente).

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
EDORTA COBREROS MENDAZONA

XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

A) Sujetos.

a) Se admite la legitimación de las asociaciones profesionales militares siempre que no tengan una finalidad reivindicativa, ni condicionen el cumplimiento de los cometidos de las Fuerzas Armadas, ni recurran a ninguna forma directa o indirecta de huelga.

b) El sujeto pasivo de Tasa por retirada de vehículos por orden judicial o administrativa es aquel que provoca la prestación del servicio en virtud de una decisión judicial o administrativa.

B) Procedimiento.

a) Archivo del recurso contencioso-administrativo por impago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional tras haber dado la oportunidad de subsanar el defecto padecido.

b) Carga de la prueba en el ámbito tributario.

c) La decisión denegando el acceso al Libro de sentencias no corresponde al Magistrado, sino al Secretario Judicial.

C) Sentencias.

a) Congruencia.

a') La Sala de instancia debe pronunciarse sobre la ilegalidad de determinados preceptos indirectamente impugnados en el recurso de apelación, siendo irrelevante que la Administración apelante suscitase o no la cuestión.

b') Vulneración del derecho a la tutela judicial (acceso a la justicia) por falta de pronunciamiento sobre el fondo de un recurso contencioso-administrativo porque no se habían presentado alegaciones en la vía económico-administrativa.

b) Efectos: una vez anulada una liquidación tributaria en la vía económico-administrativa por razones de fondo, la Administración puede liquidar de nuevo o abrir un expediente de fraude si no ha decaído su derecho por el transcurso del tiempo.

D) El desistimiento de la parte actora en el proceso contencioso-administrativo determina la extinción de la cuestión de inconstitucionalidad.

E) No pueden plantearse cuestiones de ilegalidad en relación con las Relaciones de Puestos de Trabajo, al no ser disposiciones de carácter general.

F) Tutela cautelar: la incoación sobrevenida por la Comisión Europea de un procedimiento como consecuencia de una ayuda de Estado debe llevar hasta sus últimas consecuencias la obligación de suspender las ayudas públicas.

2. CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

A) Procedimiento: inadmisión parcial: el período de liquidación del IVA es trimestral o mensual según los casos, por lo que a este periodo de liquidación habrá de estarse para determinar el importe del recurso de casación.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el 1 de junio y el 1 de septiembre de 2012, entre los que merecen ser destacados los relativos a la legitimación de las asociaciones profesionales militares y a los efectos cautelares de la incoación sobrevenida por la Comisión Europea de un procedimiento como consecuencia de una ayuda de Estado.

1. RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A) **Sujetos**

a) Se admite la legitimación de las asociaciones profesionales militares siempre que no tengan una finalidad reivindicativa, ni condicionen el cumplimiento de los cometidos de las Fuerzas Armadas, ni recurran a ninguna forma directa o indirecta de huelga

Con base en lo dispuesto en el artículo 22 CE, en los arts. 1, 14, 33 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, así como en su Disposición final cuarta, que modificó el párrafo c) del artículo 3.º de la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación; y según lo dispuesto en el art. 181 de la Ley 85/1.978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (vigente hasta su derogación por la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio), la **STS de 12 de junio de 2012 (recurso núm. 312/2010)** señala que siempre que las asociaciones no tuvieran finalidad reivindicativa ni condicionaran con su actividad el cumplimiento de los cometidos de las Fuerzas Armadas buscando una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales, ni recurrieran a ninguna forma directa o indirecta de huelga, es claro que podían legítimamente defender por los medios legales a su alcance los derechos fundamentales, profesionales o sociales de los miembros de las Fuerzas Armadas que consideraran vulnerados por normas o actos que emanasen de las Administraciones Públicas, como ocurrió en el supuesto analizado al interponer recurso frente al Real Decreto 684/2010, que aprobó el Reglamento de Honores militares. Y si esto es así, es, también, obvio que podían impugnar aquellos aspectos concretos del Real Decreto que podían afectar a derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas, como podía ser el de libertad religiosa, que, a su juicio, vulneraba la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto.

b) El sujeto pasivo de Tasa por retirada de vehículos por orden judicial o administrativa es aquel que provoca la prestación del servicio en virtud de una decisión judicial o administrativa

La Ordenanza de Madrid en el art. 3.1 señala que «son sujetos pasivos de la tasa las personas físicas y jurídicas, así como las entidades a que se refiere el art. 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria, que soliciten, o resulten beneficiados o afectados por la prestación del servicio o la realización de la actividad», señalando a continuación, en el apartado 2.b), que en todo caso, tendrán la consideración de sujetos pasivos de la tasa «en los casos en los que el servicio se preste a requerimiento de cualquier autoridad judicial o administrativa, la Administración pública de quien dependan».

La incorporación a la Ordenanza del supuesto de la retirada y depósito de vehículos a requerimiento de autoridades judiciales o administrativas pertenecientes a otras Administraciones Públicas en virtud de la correspondiente resolución dictada al efecto obedeció a la situación en que se encontraba el Depósito Municipal de Vehículos de Mediodía 2, donde se localizaban cerca de 2.500 vehículos a disposición judicial, que ocupaban una gran superficie, y perjudicaba considerablemente la retirada obligatoria de vehículos para favorecer la movilidad y la buena circulación dentro de la ciudad, sin que por la guarda y custodia de aquellos vehículos la empresa municipal percibiese ninguna compensación económica, al serle ordenada habitualmente la entrega del vehículo por la autoridad judicial a su propietario sin abonar los gastos devengados.

La cuestión a resolver es si con arreglo a la normativa legal establecida puede considerarse, en los casos en los que el servicio se preste a requerimiento de cualquier autoridad judicial o administrativa, como sujeto pasivo la Administración pública de quien dependan. Pues bien, la **STS de 11 de julio de 2012 (recurso núm. 438/2010)** considera más lógico exigir la tasa a quien provoca la prestación del servicio en virtud de una decisión judicial o administrativa, máxime cuando nada impide esta solución, y ello aunque la autoridad competente ordene la devolución en el marco de un procedimiento penal. La obligación de proveer de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia por parte de la Comunidad Autónoma, por tener asumidas las competencias en materia de justicia, resulta insuficiente para considerar conforme a Derecho la definición del sujeto pasivo que realiza la regla impugnada. No es posible admitir como afectado a la Administración Autonómica por el mero hecho de que las competencias de justicia se encuentren asumidas por la misma, al no ser determinante esta circunstancia, sino sólo la conducta de la persona que esté en el origen de la situación de necesidad que genera la inmovilización y el depósito judicial del vehículo.

B) **Procedimiento**

a) Archivo del recurso contencioso-administrativo por impago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional tras haber dado la oportunidad de subsanar el defecto padecido

En el asunto resuelto por la **STC 116/2012, de 4 de junio**, la empresa demandante pidió amparo frente al archivo del recurso contencioso-administrativo que había interpuesto para

obtener la nulidad de una sanción administrativa, debido a que no aportó el justificante de la liquidación y pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, establecida por el art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En la **STC 20/2012, de 16 de febrero**, el Pleno del Tribunal analizó detenidamente las referidas tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Aunque su doctrina se ha centrado en las tasas que gravan el orden civil de la jurisdicción, sus principios fundamentales resultan aplicables al orden contencioso-administrativo, con las adaptaciones requeridas por su distinto ámbito material. En concreto, y tras analizar las hondas diferencias que separan las tasas vigentes de los aranceles o tasas judiciales que existían cuando la Constitución fue aprobada en 1978, y que estuvieron vigentes hasta su supresión por la Ley 25/1986, de 24 de diciembre, la referida STC 20/2012 declaró: primero, que la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional persigue fines legítimos, «en cuanto se dirige a financiar el servicio público de la Administración de Justicia con cargo a los justiciables que más se benefician de la actividad jurisdiccional, disminuyendo correlativamente la financiación procedente de los impuestos, a cargo de todos los ciudadanos» (FJ 8); segundo, que «el régimen vigente de las tasas judiciales que gravan la presentación de demandas civiles… es plenamente respetuoso con las previsiones constitucionales sobre la gratuidad de la justicia» que enuncia el art. 119 CE (FJ 9); y tercero, que esta conclusión general, respecto a las tasas en el orden civil, «sólo podría verse modificada si se mostrase que la cuantía de las tasas establecidas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables» (FJ 10).

En el caso examinado por la STC 116/2012, en el momento en que se recibió la demanda en el Juzgado su Secretaría de Justicia advirtió el defecto del documento justificativo de la autoliquidación y requirió su aportación a la empresa recurrente, otorgándole el plazo de diez días que marca el art. 35.7 de la Ley 53/2002 para subsanar la omisión. La empresa dejó sin contestar el requerimiento, y ni aportó el justificante requerido, ni impugnó la diligencia que había acordado requerirlo, ni tampoco aportó el documento tributario de la tasa cuando el Juzgado le notificó el Auto de archivo. La legitimidad de que la ley supedite la continuación del proceso a la justificación de que se ha presentado la autoliquidación quedó despejada en la STC 20/2012 al reconocerse que «[e]l legislador ha establecido una tasa, que es un tributo que, a diferencia de los impuestos, debe ser satisfecho, total o parcialmente, como requisito imprescindible para iniciar la prestación del servicio o la realización de la actividad que benefician de modo particular al sujeto pasivo» (FJ 11).

Por consiguiente, al no haber aportado el recurrente el justificante de la autoliquidación de la tasa, el Secretario judicial tiene el deber legal de «no dar curso» al escrito de demanda (art. 35.7.2 de la Ley 53/2002).

b) Carga de la prueba en el ámbito tributario

La carga de la prueba es un concepto tributario de la doctrina civilista nacida de la interpretación del artículo 1214 y siguientes del Código Civil, a virtud de la cual compete a cada

parte la carga de probar sus pretensiones. En Derecho Tributario la carga de la prueba tiene una referencia específica en el artículo 114 de la LGT que impone a cada parte la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión. Cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencia invoca a su favor.

Cuando la Administración tributaria, por medio de los procedimientos específicos que para ello le legitiman, ha formado prueba de los hechos normalmente constitutivos del nacimiento de la obligación tributaria, la carga probatoria que se deriva del artículo 114 de la LGT se desplaza a quien pretenda acreditar que tales hechos son reveladores de otra relación distinta.

En el caso analizado en la **STS de 15 de junio de 2012 (recurso núm. 1905/2009)**, no se trataba de solicitar una prueba de hechos negativos. Simplemente se ha aplicado el criterio general expresado en reiterada doctrina jurisprudencial, y dado que la Administración Tributaria ha constatado que contablemente se ha cancelado una obligación económica, lo que se solicita es una explicación lógica de la causa de tal proceder. Y ante la falta de esta se aplican correctamente las reglas relativas al incremento de patrimonio correspondiente. El recurrente sostiene que se trató de un trasvase de fondos de él a su empresa en 1992, recuperados en 1994; pero su tesis no está soportada en ningún tipo de prueba, como, sin duda, le incumbía con arreglo al artículo 114 de la LGT. Pudo y debió haber computado dicho saldo pasivo como deuda particular en su declaración de patrimonio o haber utilizado cualquier otro medio acreditativo del referido préstamo. Pero lo cierto es que no aparece ninguna documentación en este sentido de entre la aportada con el escrito de conclusiones. Al recurrente le correspondía acreditar, en el caso de autos, cuáles eran las deudas, quién era el acreedor y cuál era el motivo de la transformación en capital del asiento. Sin embargo, lo cierto es que las alegaciones del recurrente carecen de sustento probatorio, pues ni se ha intentado dicha prueba en vía administrativa ni en sede jurisdiccional, donde no se ha solicitado siquiera el recibimiento a prueba del recurso.

c) La decisión denegando el acceso al Libro de sentencias no corresponde al Magistrado, sino al Secretario Judicial

Basándose en lo dispuesto en el Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, la **STS de 4 de junio de 2012 (recurso núm. 7/2012)** estima parcialmente el recurso promovido contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que confirmó en alzada el de un Juez por el que se denegaba la solicitud de exhibición del Libro de sentencias y autos del Juzgado. En la controversia, que se sitúa en el ámbito gubernativo y no en el jurisdiccional, se aprecia la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho ya que la decisión denegando el acceso al Libro de sentencias fue dictada por órgano manifiestamente incompetente, el Magistrado, correspondiéndole tal decisión al Secretario Judicial, y sin que la nulidad quede enervada por el hecho de que al Magistrado le correspondiera conocer del recurso sobre el acuerdo denegatorio, pues dicho criterio se opone a lo previsto en el art. 12 de la Ley 30/1992, que establece que la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por el órgano administrativo que la tenga atribuida como propia.

C) **Sentencias**

a) Congruencia

a') La Sala de instancia debe pronunciarse sobre la ilegalidad de determinados preceptos indirectamente impugnados en el recurso de apelación, siendo irrelevante que la Administración apelante suscitase o no la cuestión

La **STS de 26 de junio de 2012 (recurso núm. 5538/2007)** considera una incorrección procesal la falta de pronunciamiento de la Sala de instancia sobre la ilegalidad de determinados preceptos indirectamente impugnados en el recurso de apelación promovido contra la sentencia del Juzgado estimatoria del recurso contencioso-administrativo, siendo irrelevante si la Administración apelante suscitó dicha cuestión o no.

La sentencia en la que se desestimó la apelación sin abordar si el precepto de la Ordenanza es o no nulo lo hizo no porque no fuera el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso directo contra ésta, sino por entender que la cuestión suscitada por el apelante no era precisamente esa de la ilegalidad o no de dicho precepto, siendo a ella, sin extenderse a ésta, a la que debía limitar su enjuiciamiento como órgano de apelación. Hubo ahí, en ese proceder de la Sala de apelación, una clara incorrección procesal, pues cualquiera que fuera la cuestión planteada por el apelante, incluso aunque no discutiera la ilegalidad de los preceptos indirectamente impugnados (lo que no fue así), debió aquélla decidir si lo eran o no.

La introducción en la Ley de la Jurisdicción de la denominada «cuestión de ilegalidad» y del procedimiento especial en que ha de resolverse tiene como razón de ser la necesidad, demandada por el principio de seguridad jurídica, de poner fin cuanto antes a la incertidumbre causada por una sentencia firme que acoge una impugnación indirecta sin poder disponer la nulidad de la norma así impugnada. Consecuentemente, su planteamiento sólo se justifica si el proceso en que se impugnó indirectamente la norma no llegó al órgano jurisdiccional con competencia para su impugnación directa. Son esas las ideas que han de presidir la interpretación del último inciso del art. 27.2 LJCA. Si el debate contradictorio sobre la legalidad o ilegalidad de la norma de la que hizo aplicación el acto impugnado ha estado presente, por definición, en ese proceso, debe imponerse aquella necesidad, por encima de otra consideración, cuando el órgano jurisdiccional competente para la impugnación directa conoce de él. Con ello no cercena el derecho de defensa, a cuya protección atiende el criterio de que el enjuiciamiento se limite a las cuestiones suscitadas, e impide que la incertidumbre se prolongue más allá de lo necesario. Por tanto, aquel último inciso, en el que se expresa que «la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general», debe entenderse como comprensivo de un mandato que prima sobre las concretas razones esgrimidas ante ese órgano jurisdiccional en una posterior instancia o en un posterior grado. Sin embargo, descarta que sea una incorrección decisiva por cuanto, por sí misma, no imposibilita la admisión de la casación por existir doctrina jurisprudencial que afirma que las sentencias de los TTSSJ resolviendo cuestiones de ilegalidad son recurribles en casación.

No se oponen a ello las dudas interpretativas que pudieran suscitar algunos preceptos de la Ley de la Jurisdicción. Así, aunque su art. 81.2.d) disponga que serán siempre sus-

ceptibles de apelación las sentencias de los Juzgados que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales, y aunque el inciso final del 27.2 deba interpretarse como expresivo de un mandato que compele al órgano jurisdiccional con competencia para la impugnación directa a resolver sobre la validez o nulidad de la norma cuando conoce de aquella apelación, de ahí no se sigue que dicha Ley haya querido excluir el recurso de casación cuando la Sala territorial, por la razón que sea, decide por vez primera sobre esa validez o nulidad. Y aunque su art. 123.2, inciso final, «sancione» la personación tardía, no con la pérdida de los trámites precluidos, sino con su inadmisión, de ahí tampoco se sigue que las «partes», así denominadas en ese art. 123.2 y en el 125, núms. 2 y 3, no lo sean en sentido propio. El hecho de que aquella Ley indique de modo explícito qué sentencias no son recurribles en casación; la obvia trascendencia general de una decisión cuyo objeto es ese de declarar la validez o nulidad de una norma; la atribución a las Salas territoriales de la competencia para conocer en única instancia de los recursos dirigidos contra las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales [art. 10.1.b)]; y un principio favorable a la posibilidad de ejercicio de todos los «remedios» procesales que prevé el ordenamiento jurídico, excluyendo sólo aquel o aquellos que éste excluya en efecto, son razones suficientes para confirmar ahora lo ya establecido en aquellas sentencias.

b') Vulneración del derecho a la tutela judicial (acceso a la justicia) por falta de pronunciamiento sobre el fondo de un recurso contencioso-administrativo porque no se habían presentado alegaciones en la vía económico-administrativa

Con arreglo a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 269/2006, de 11 de septiembre, FJ 4, entre otras), la incongruencia omisiva se produce cuando «una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste». Como recuerda el ATC 70/2007, de 27 de febrero, «una Sentencia con un fallo íntegramente desestimatorio de una demanda no incurrirá, en principio, en incongruencia omisiva; no obstante, puede suceder que la Sentencia desestimatoria guarde silencio en su fundamentación acerca de alguna de las pretensiones formuladas, en cuyo caso cabe preguntarse si dicha pretensión ha sido desestimada, o si lo que ha acontecido es que, en realidad, por error, inadvertencia o por cualquier otra circunstancia no ha sido enjuiciada; en este caso se habría producido la incongruencia y la consiguiente denegación de justicia». Como dijo la STC 27/2002, de 11 de febrero, FJ 3, a la hora de determinar si se ha producido un supuesto de incongruencia *ex silentio* deben tomarse en consideración las concretas circunstancias del caso, pues las hipótesis de incongruencia omisiva vulneradora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no pueden resolverse genéricamente, sino que «es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del art. 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva». Procede también recordar que no existe incongruencia omisiva cuando la falta de respuesta judicial se refiere a pretensiones cuyo examen viene subordinado a la decisión que se adopte respecto de otras también planteadas en el proceso (o suscitadas de oficio, cuando ello es posible) que, al ser de enjuiciamiento preferente —por su naturaleza

o por conexión procesal—, hacen innecesario un pronunciamiento sobre aquellas otras (por todas, STC 87/2008, de 21 de julio, FJ 5).

Pues bien, de la Sentencia impugnada en el recurso resuelto por la **STC 155/2012, de 16 de junio**, se deduce con toda claridad que el órgano judicial consideró que sólo si se reputaba no ajustada a Derecho la decisión del Tribunal económico-administrativo de archivar las reclamaciones podía entrar a conocer de las pretensiones que recaían sobre los actos objeto de aquéllas. Es cierto que el fallo desestimatorio de la primera de las pretensiones del demandante —la que recaía sobre la resolución de archivo de las reclamaciones económico-administrativas— suponía en la práctica negar el examen de la pretensión de anulación de las liquidaciones y de la sanción, de modo que la cuestión a resolver era si la Sentencia impugnada había sido respetuosa con el derecho de acceso a la jurisdicción.

En relación con él, El Tribunal Constitucional ha dicho que, aunque el elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, del que aquél forma parte, es la obtención de una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones deducidas, ello no excluye que sea constitucionalmente lícita una resolución de inadmisión, que no entre en el fondo de la cuestión, cuando tal decisión se funde en una causa legal que así lo justifique, aplicada razonablemente por el órgano judicial. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva excluye que la normativa procesal se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican cuando se trata del acceso a la jurisdicción, pero no supone, como ha señalado este Tribunal, que exija necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles.

Más en concreto, en relación con el grado de vinculación entre las alegaciones formuladas en la vía administrativa y en el proceso contencioso-administrativo, el Tribunal reitera una consolidada doctrina, cuya aplicación al caso comentado condujo al otorgamiento del amparo solicitado. La circunstancia de que el demandante de amparo no formulase alegaciones en la vía económico-administrativa de impugnación de la liquidación y de la sanción impuesta por la inspección de los tributos del territorio histórico no le impedía fundar el subsiguiente recurso contencioso-administrativo en cuantos motivos considerase oportuno, dentro de los cuales habría de fallar el órgano judicial de conformidad con lo dispuesto por los arts. 33.1 y 56.1 LJCA. De este modo, al rechazar entrar a conocer sobre los motivos esgrimidos en el proceso contencioso-administrativo para impugnar la liquidación tributaria y la sanción, el órgano judicial limitó el derecho del demandante de amparo al acceso a una resolución de fondo en términos incompatibles con el art. 24.1 CE.

b) Efectos: una vez anulada una liquidación tributaria en la vía económico-administrativa por razones de fondo, la Administración puede liquidar de nuevo o abrir un expediente de fraude si no ha decaído su derecho por el transcurso del tiempo

Según la **STS de 14 de junio de 2012 (recurso núm. 6386/2009)**, el hecho de que no quepa retrotraer las actuaciones cuando la liquidación adolece de un defecto sustantivo, debiendo limitarse el pronunciamiento económico-administrativo a anularla o, a declarar su nulidad, si se encuentra aquejado de alguno de los vicios que la determinan, no trae de suyo que le esté vedado a la Administración aprobar otra liquidación, ganando firmeza

las autoliquidaciones del sujeto pasivo, que devienen ya irrevisables. Como en cualquier otro sector del derecho administrativo, ante tal tesitura, la Administración puede dictar, sin tramitar otra vez el procedimiento y sin completar la instrucción pertinente, un nuevo acto ajustado a derecho mientras su potestad no haya prescrito.

Por tanto, la resolución comentada unifica la doctrina para resaltar una jurisprudencia que puede resumirse en los siguientes términos. Primero, la anulación de una comprobación de valores (como la de una liquidación) no deja sin efecto la interrupción del plazo de prescripción producida anteriormente por consecuencia de las actuaciones realizadas ante los Tribunales Económicos Administrativos, manteniéndose dicha interrupción con plenitud de efectos (*cfr*. STS de 19 de abril de 2006). En segundo lugar, la anulación de un acto administrativo no significa en absoluto que decaiga o se extinga el derecho de la Administración Tributaria a retrotraer actuaciones, y volver a actuar, pero ahora respetando las formas y garantías de los interesados (FD Tercero).

El criterio que deriva de esta jurisprudencia es el de que, con carácter general, las actuaciones administrativas de comprobación, calificación y liquidación tributaria relacionadas con una declaración de nulidad que no tenga la naturaleza de nulidad de pleno derecho pueden dar lugar a nuevas actividades administrativas dirigidas a declarar el correcto importe del tributo a liquidar y que, además, en cuanto válidas para esta finalidad, lo son también para que se considere interrumpido el cómputo del plazo legalmente establecido para que se produzca la prescripción y todo ello, por supuesto, siempre que esta segunda actuación administrativa se produzca antes de que el efecto prescriptivo se haya consumado.

La sentencia observa la peculiaridad del caso que enjuicia, en el que la declaración de nulidad de la primera liquidación originó que la organización de gestión tributaria abriese a los recurrentes un expediente de fraude de ley, según lo normado en el artículo 24 de la LGT de 1963, en el que se establece que «para declarar que existe fraude de Ley será necesario un expediente especial en el que se aporte por la Administración la prueba correspondiente y se dé audiencia al interesado», siendo precisamente este dato el que ha originado el debate en torno a si tal actuación administrativa, por ser mera ejecución de lo acordado por el TEARC, no habría prescrito o si, por el contrario, al tener naturaleza autónoma, debería de considerarse prescrita al no haber interrumpido el transcurso del tiempo de prescripción las actuaciones que habían generado la decisión adoptada en el procedimiento económico-administrativo de anular la liquidación a la que se había llegado por la vía de calificar los hechos como un supuesto de negocio indirecto.

La perplejidad ante el dilema se resuelve en el sentido de afirmar que si bien es cierto que la fase estrictamente ejecutiva de la resolución del TEARC ha de entenderse consumada con la ejecución de la declaración de nulidad, sin embargo también lo es que esta ejecución abre el paso a la posibilidad de la Administración de corregir el yerro cometido mediante la práctica de una nueva liquidación, salvo que hubiere prescrito su derecho a hacerlo, aunque en todo caso el cómputo del tiempo de prescripción ha de entenderse interrumpido por las actuaciones vinculadas a la liquidación anulada —siempre que no haya sido por causa de nulidad de pleno derecho—, pues aquellas son las que sirven de base a la nueva que se practique, en cuanto que, al recaer sobre los mismos hechos con trascendencia tributaria, no cabe negarles su finalidad de comprobación y liquidación de éstos.

No hay razón para variar esta doctrina en el supuesto de la apertura de un expediente de fraude: su viabilidad depende de una previa actuación administrativa de comprobación que induzca al órgano de gestión a apreciar la posibilidad de que concurra el tipo descrito en el art. 24 de LGT de 1963, momento en que para alcanzar las consecuencias fiscales que en él se autorizan impone la Ley la garantía complementaria del expediente especial que, no obstante, no deja de ser una derivación del ordinario y en torno a los mismos hechos, y en este sentido perfectamente integrable en el procedimiento general de comprobación e investigación y por esto afectado por los actos de interrupción de la prescripción que concurran en él.

D) El desistimiento de la parte actora en el proceso contencioso-administrativo determina la extinción de la cuestión de inconstitucionalidad

El Tribunal Constitucional tiene también declarado que «es condición imprescindible para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad la previa existencia de un "proceso", en cuyo seno la cuestión se configura como la vía prejudicial constitucional (ATC 69/1983, de 17 de febrero)». (ATC 59/2006, de 15 de febrero, FJ 3). Y precisando más este presupuesto necesario ha establecido en el ATC 151/2011, de 7 de noviembre, FJ 4, que «la existencia del proceso a quo no solamente se configura como una condición imprescindible para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, sino que se halla inescindiblemente unido a su objeto procesal, constituido por la norma cuestionada. El objeto procesal tiene la peculiaridad en las cuestiones de inconstitucionalidad —donde la pretensión, de manera excepcional, es planteada por el órgano judicial— de que lo que se pretende del Tribunal Constitucional no es tanto un control abstracto de la norma cuestionada para lograr una depuración del ordenamiento jurídico, que sólo se produce de manera indirecta, sino que lo que se plantea es una duda de constitucionalidad de una norma cuya aplicación es imprescindible para la finalización del proceso a quo. De esta manera, en la cuestión de inconstitucionalidad, si bien el objeto del proceso constitucional es la norma cuestionada ésta no puede analizarse, ni el señalado objeto procesal puede entenderse de manera independiente, sin la existencia y pervivencia de un proceso a quo, ya que tal proceso no sólo se constituye como requisito procesal previo para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, sino también como condición necesaria para el nacimiento y pervivencia de su objeto procesal, por lo que la extinción de tal proceso sin la aplicación de la norma cuestionada, supone siempre la desaparición del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad».

La aplicación de la doctrina expuesta al caso resuelto por la **STC 151/2012, de 5 de julio**, conduce inexorablemente a declarar la desaparición del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, pues lo que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia planteó cuando suscitó la cuestión mediante Auto era una duda sobre la constitucionalidad de una norma cuya aplicación consideraba imprescindible para resolver acerca de lo discutido en el proceso *a quo*. Sin embargo, desde el momento en que devino firme, por no haber sido recurrido, el Auto por el que dicho órgano judicial, acogiendo el desistimiento de la parte recurrente, declaró terminado el proceso *a quo*, ha desaparecido uno los presupuestos propios de la cuestión de inconstitucionalidad, pues el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada no proyectaría su resultado sobre el concreto litigio en el que se planteó la cuestión, convirtiéndose en un juicio de constitucio-

nalidad en abstracto, desligado del proceso a quo, lo que, cabalmente, no puede constituir nunca el objeto de un procedimiento constitucional de este tipo.

E) No pueden plantearse cuestiones de ilegalidad en relación con las Relaciones de Puestos de Trabajo, al no ser disposiciones de carácter general

Partiendo de la premisa de que la Cuestión de Ilegalidad es un procedimiento especial, por lo que la interpretación de las normas que la regulan debe hacerse de manera restrictiva, la **STS de 4 de julio de 2012 (recurso núm. 1984/2010)** analiza la posibilidad de atribuir o no el carácter reglamentario a las Relaciones de Puestos de Trabajo, cuya naturaleza jurídica no ha sido un tema pacífico en nuestra jurisprudencia, y ha sufrido una importante evolución y constantes variaciones.

Nuestra jurisprudencia ha entendido que las relaciones de puestos de trabajo, aunque encuadrables en la materia de personal, participan de la naturaleza propia de las «disposiciones de carácter general», existiendo una doctrina consolidada reconociendo que las relaciones de puestos de trabajo aprobadas por las Administraciones Públicas en ejercicio de sus potestades organizativas tienen «naturaleza normativa», atendido su carácter ordinamental y las notas de generalidad, abstracción y permanencia que en ellas concurren, diferenciándolas de los actos con destinatario plural e indeterminado pero carentes de contenido normativo (STS de 13 de febrero de 2001, recurso de casación núm. 840/2000, 20 de febrero de 2001, recurso de casación núm. 1040/2000, que se remite a las sentencias de 3 de marzo y 25 de abril, 13 y 28 de mayo 1996, 4 de junio de 1996 o 3 de octubre de 2000).

Por otro lado, están las sentencias que han considerado que cuando se ha establecido la vocación normativa de las relaciones de puestos de trabajo lo ha sido como una mera *fictio iuris* para justificar que, pese a merecer la calificación de cuestiones de personal, sin embargo se hayan considerado recurribles en casación las sentencias pronunciadas sobre ellas, dándoles así, desde el punto de vista estrictamente procesal, el tratamiento propio de las disposiciones generales, pero sin que por eso haya desconocido que materialmente su verdadera sustancia jurídico-administrativa es la de los actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella vocación normativa, pero excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos (por todas, STS de 26 de mayo de 1998 recurso de casaciónnúm. 4122/95; 28 de mayo de 1996, recurso de casación núm. 6453/1991, y 3 de marzo de 1995, recurso de casación núm. 4658/1991).

Ha de tenerse presente que la jurisprudencia que atribuye a las relaciones de puestos de trabajo la consideración de reglamentos ha encontrado reflejo, no sólo a efectos puramente procesales de considerar recurribles en casación las sentencias de instancia en la que se enjuicien las relaciones de puestos de trabajo, sino también para permitir la impugnación de determinaciones de la RPT con ocasión de los recursos dirigidos contra actos singulares de aplicación conforme al art. 26 LJCA —impugnación indirecta de las disposiciones de carácter general (STS de 19 de junio de 2007, recurso de casación núm. 182/2005; 7 de marzo de 2005, recurso de casación 4246/99; y 1 de marzo de 2004, recurso de casación núm. 9874/98). Y nuestra más reciente jurisprudencia se ha centrado en evaluar el concreto contenido del acto para ver si desborda el propio de los actos generales y se adentra en lo que corresponde a las regulaciones abstractas y permanentes (STS de 9 de julio de 2008,

recurso núm. 53/2006), y de ahí la necesidad de comprobar si por su contenido añadido se justifica que se le asigne esa naturaleza reglamentaria (STS de 12 de noviembre de 2008, recurso núm. 10749/2004). En estos casos quedaría justificada la atribución a las RPTs de la naturaleza de normas.

El debate suscitado en el proceso *a quo* sobre la posibilidad de planteamiento de Cuestión de Ilegalidad respecto a las Relaciones de Puestos de Trabajo es nuevo en realidad en la jurisprudencia, en la que no se encuentran pronunciamientos terminantes al respecto. Así, la asimilación de las Relaciones de Puestos de Trabajo a las disposiciones de carácter general se verifica a los solos efectos jurídico-procesales de admitir contra los acuerdos que las aprueban el recurso de casación, aun consistiendo en cuestiones de personal. Pero tales efectos limitados no alcanzan a su igualación absoluta con los reglamentos u otras disposiciones de carácter general.

Recordando lo sentado en la STC de 19 de junio de 2006 (recurso de casación núm. 8200/2000), la resolución comentada concluye que la equiparación de la RRPPT a disposiciones reglamentarias no es admisible a los efectos de que estas pudieran ser objeto de una Cuestión de Ilegalidad, y que la asimilación lo es a los efectos de la apertura de la casación respecto de las sentencias dictadas sobre impugnación de estas. Pero la extensión de esa asimilación a los efectos de poder hacer de las RRPPT objeto de una Cuestión de Ilegalidad es algo diferente, ya que no pueden plantearse Cuestiones de Ilegalidad en relación con las Relaciones de Puestos de Trabajo, al no ser una disposición de carácter general.

El voto particular a esta sentencia destaca que, a su juicio, las RRPPT no son normas sino actos de autoorganización, pero si en el proceso de instancia fue considerada como disposición general, a efectos de su impugnación indirecta, no se debe negar esa equiparación para el planteamiento de la cuestión de ilegalidad, que es efecto legal obligado de la consideración previa de la equiparación de la RPT con una disposición general a efectos de su impugnación indirecta.

El voto parte de la premisa de que el silencio de la Ley sobre el particular impide considerar que el regulado en el Título IV (Capítulo III, Sección 3.ª) pueda ser extendido al procedimiento especial, no siendo por tanto aplicable en éste el art. 86.1 LJCA, cuyo ámbito aplicativo debe contraerse al título en el que se inserta. La solución de la sentencia viene a introducir un factor más de confusión en la jurisprudencia sobre la calificación de las relaciones de puestos de trabajo en la alternativa conceptual acto-norma. El voto no comparte la calificación de las relaciones de puestos de trabajo como normas, que nuestra jurisprudencia consolidada, referida en la sentencia, viene proclamando a efectos procesales. Tal concepción da lugar a la situación, inaceptable, de que para unos efectos dichas relaciones son una cosa y para otras otra distinta, lo que provoca en su conjunto una gran inseguridad jurídica. Considera que «tales relaciones no son a ningún efecto normas, sino actos de autoorganización, cuyo régimen jurídico, en todas sus vertientes, debe ajustarse al de los actos administrativos, y no al de las disposiciones generales, pese a que, sin convicción propia, me haya visto obligado a acatar sobre el particular la jurisprudencia consolidada. Lo coherente hubiera sido que la equiparación previa determinase el mantenimiento de esa equiparación a lo que es, con arreglo a la ley, consecuencia obligada de la impugnación indirecta. Por ello, partiendo de un discurso que no se comparte, lo coherente en la tesis mayoritaria creo que hubiese sido desestimar el recurso de casación».

F) Tutela cautelar: la incoación sobrevenida por la Comisión Europea de un procedimiento como consecuencia de una ayuda de Estado debe llevar hasta sus últimas consecuencias la obligación de suspender las ayudas públicas

La **STS de 16 de julio del 2012 (recurso núm. 6539/2011)** analiza un auto de la Audiencia Nacional que rechazó la solicitud de medidas cautelares frente a la resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de Información por la que se publicó la adenda al Convenio marco de colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la Ciudad de Ceuta. En este caso concurre una circunstancia especial y sobrevenida cual es la incoación de un procedimiento por la Comisión Europea como consecuencia de la ayuda de Estado, de lo que resultaría, como prevé el artículo 108.3 TFUE, un inmediato efecto suspensivo.

La sentencia señala que el eventual cambio en la situación jurídica derivado de la apertura del procedimiento comunitario, en cuanto nueva «circunstancia» alegable a los efectos de lo dispuesto en el artículo 132.1 *in fine* LJCA, ha de ser puesto en relación con las medidas que sean objeto específicamente de la pretensión cautelar. Cuando se trate de situaciones ya consumadas (y no de las «medidas proyectadas» a las que de modo expreso se refiere el artículo 108.2 citado) difícilmente cabrá su suspensión, aun cuando no puedan ser excluidas, según acto seguido analizaremos, otras medidas cautelares.

En el caso que nos ocupa, se trataba de fondos presupuestarios correspondientes al año 2008, ya asignados cuando se dictan los autos de instancia, y se exige en ella que los proyectos incluidos en el programa objeto de la cofinanciación estatal culminen antes del 3 de abril del año 2010. No se trata, pues, de actuaciones en curso susceptibles de paralización o suspensión cuando la Comisión adopta su acto en septiembre de 2010, sino de actos ya agotados en su eficacia propia e inmediata. Pero el Tribunal de instancia no lleva hasta sus últimas consecuencias la obligación de suspender las ayudas públicas, inherente a la apertura del procedimiento comunitario. Es comprensible, con los matices que ulteriormente expondremos, que declinara hacerlo respecto de lo que ya estaba ejecutado, tanto más cuanto que se atenía a lo expuesto por esta Sala del Tribunal Supremo en las sentencias antes referidas. Pero debió proteger de un modo más activo, en sede cautelar, los intereses de la parte demandante que ésta había invocado en cuanto derivados directamente del artículo 108.3 del TFUE, aun cuando ello supusiera adoptar medidas *sui generis* diferentes de la mera suspensión.

Se recuerda, además, el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de velar por la aplicación efectiva de las normas del TFUE, lo que se ha de traducir, en lo que a la tutela cautelar se refiere, en evitar provisionalmente los perniciosos efectos ulteriores de lo que se considera una ayuda pública ya ejecutada. La ejecución de la medida exige la retroacción de actuaciones para que la Sala de instancia, previas las actuaciones procesales que sean necesarias, adopte una nueva decisión cautelar. La medida cautelar puede revestir diversas fórmulas, que a la Sala de instancia corresponderá sopesar, entre las que se encuentra la de obligar a las Administraciones signatarias del convenio cuya adenda se impugna a que sean ellas, en su calidad de titulares de los fondos públicos, quienes exijan su consignación a las empresas que los hayan recibido, todo ello con carácter provisional, a la espera de la ulterior decisión de la Comisión Europea y del resultado final del proceso de instancia.

2. CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Procedimiento: inadmisión parcial: el período de liquidación del IVA es trimestral o mensual según los casos, por lo que a este periodo de liquidación habrá de estarse para determinar el importe del recurso de casación

El recurso de casación para la unificación de doctrina es un recurso de carácter excepcional, subsidiario respecto del de casación ordinaria y limitado por razón de la cuantía, puses sólo serán susceptibles de este recurso aquellas sentencias que no sean recurribles en casación con arreglo a lo establecido en el art. 86.2.b) (por haber recaído en asuntos cuya cuantía no exceda de 25 millones de pesetas —150.253,03 euros-), siempre que la cuantía litigiosa sea superior a tres millones de pesetas —18.030,36 euros—.

Teniendo en cuenta la constante la jurisprudencia que considera irrelevante, a efectos de la inadmisibilidad del recurso de casación por razón de la cuantía, que se haya tenido por preparado el recurso en la instancia, que se haya ofrecido el recurso al notificarse la resolución impugnada o que haya sido admitido anteriormente y se advierta la carencia de cuantía al momento de dictarse el fallo en el que ha de apreciarse, incluso de oficio, la **STS de 23 de julio de 2012 (recurso núm. 275/2010)** ha declarado la inadmisión del recurso en el que a la parte recurrente se le giraron sendas liquidaciones tributarias correspondientes a los periodos 1992 y 1993 a 1996, respectivamente, en concepto de IVA, con cuotas de 667.317 y 12.914.991 pesetas respectivamente.

Siendo evidente la insuficiencia de la cuantía litigiosa en lo que concierne al periodo de 1992, y a pesar de que la cuantía total de la cuota para los ejercicios 1993 a 1996 supera el umbral cuantitativo legalmente fijado, del examen detallado de la liquidación referida se advierte que únicamente el tercer trimestre de 1993 y 1994 y el cuarto trimestre de 1995 son viables como objeto casacional, pues la Sala ha declarado reiteradamente, conforme a lo establecido en el artículo 172 del Reglamento del Impuesto (aprobado por Real Decreto 2028/85, de 30 de octubre, y dada nueva redacción por Real Decreto 991/87, de 31 de julio), que el período de liquidación del IVA es trimestral o mensual según los casos, por lo que a este periodo de liquidación habrá de estarse para determinar el importe del recurso de casación (ATS de 2 de diciembre de 2004. rec. 7863/2002).

Además, en aplicación de la regla contenida en el art. 41.3 LJCA, en los casos de acumulación, aunque la cuantía venga determinada, en la anterior instancia, por la suma del valor económico de las pretensiones objeto de aquélla, tal acumulación no comunica a las de cuantía inferior al límite legal para el acceso al recurso la posibilidad de casación y, todo ello, con independencia de que las actas levantadas hayan dado lugar a uno o varios actos administrativos, por cuanto debe entenderse que es la cuantía individualizada de cada liquidación, y no la suma de las que la Administración decida en cada caso acumular en uno o en varios procedimientos administrativos, la que debe determinar objetivamente la cuantía del proceso contencioso-administrativo a efectos de casación (ATS de 20 de marzo de 1995, recurso de casación núm. 6419/1993).

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Revista de Derecho Administrativo
Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

Public Procurement in the European Union and its Members States

SÁNCHEZ MORÓN M. (DIR.)
y DEL OLMO ALONSO J. (COORD.)

Thomson Reuteurs-Lex Nova, Valladolid, 2011, 724 páginas

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo. Universidad de Oviedo]

Esta obra colectiva, de sumo interés, por lo que seguidamente se expondrá, es el fruto del trabajo realizado por diversos expertos en la materia y el buen quehacer del director y el coordinador de la misma, así como una muestra de los importantes resultados que pueden obtenerse a través de un proyecto de investigación.

Que el objeto de este libro es sugerente para la doctrina, jurisprudencia y demás operadores jurídicos, lo evidencia la vorágine legislativa a la que el tema está sometido, es decir, las sucesivas reformas a las que la regulación de la contratación pública se ha visto abocada.

Sin embargo, ello no sólo ha sido así en nuestro país, donde en los últimos cinco años hemos asistido a sucesivas normas de contratos, desde la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, hasta el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pasando por la importantísima reforma operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, particularmente por lo que al recurso especial en materia de contratación se refiere, así como la Ley de Economía Sostenible, entre otras, sino que es un punto común con muchos otros países de la Unión Europea, como se pone de manifiesto en esta obra y, por otro lado, del propio Derecho Comunitario del que traen causa. Modificaciones que no cesarán a buen seguro, pues no olvidemos que en la actualidad existe un nuevo proyecto de Directiva de contratos, de 20 de diciembre de 2011, que propone importantes cambios en la contratación pública, y que en principio y de prosperar en los términos establecidos en la misma, deberán adoptar los Estados miembros para el 30 de junio de 2014.

Una vez puesto de manifiesto lo acertado del tema, también debe destacarse su complejidad, puesto que si siempre es difícil coordinar una obra colectiva, el contenido de ésta incrementa dicha dificultad, puesto que se ha estudiado la contratación pública, en todos sus aspectos, en sistemas jurídicos tan dispares y de tradiciones jurídicas tan diferentes como Alemania, Francia, el Reino Unido, Italia, España, Polonia, los Países Bajos, Bélgica, Austria, Portugal, Suecia, Hungría, Grecia o Irlanda. Todo ello precedido de un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del TJUE en materia de contratos públicos, en que se analiza la postura del citado Tribunal en relación con todas las fases y aspectos de esta materia, fijando así, los presupuestos de los que ha de partir la regulación de cada Estado miembro de la Unión Europea.

Sólo con la mención de los sistemas jurídicos estudiados y de la amplitud de aspectos analizados de la contratación pública en los mismos, es decir, en todas sus fases, se comprende la complejidad señalada, así como la importancia de este libro en materia de contratos.

No obstante, a ello se une también el hecho de su presentación en inglés, de tal modo que si ya su versión en castellano resultaba un estudio necesario y de gran utilidad en nuestro país, en este caso a buen seguro lo será también para juristas de otros Estados, tanto por su traducción al inglés como por su contenido, pues el tratamiento exhaustivo del sistema contractual de cada uno

de los Estados de la Unión Europea lo hace muy atractivo y un estudio necesario para comprender la contratación pública en la Unión Europea, algo que no existía hasta esta obra, que viene a cubrir un hueco importante en la doctrina.

Crisis Económica y Función Pública

FUENTETAJA PASTOR, J.A.

y CANTERO MARTÍNEZ, J. (DIRS.)

Thomson Reuters, Navarra, 2012, 381 páginas

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo. Universidad de Oviedo]

Las diversas medidas adoptadas en los últimos tiempos con el propósito de hacer frente a la crisis económica actual han tenido una repercusión muy acusada en el ámbito de la Función Pública. Por todo ello, se hace necesario la reflexión de los expertos en la materia, no sólo para analizar las consecuencias de dichas medidas en este ámbito, sino también las propuestas de reformas que se estimen necesarias ante el nuevo panorama.

Esta obra colectiva a ello responde sobradamente. Como indican sus directores en la presentación, es el fruto de las Jornadas que con el mismo título se llevaron a cabo en febrero y marzo de 2012 en la Facultad de Derecho de la UNED, con el objetivo encomiable, y a la vista de los resultados, alcanzado, de analizar la incidencia sobre la Función Pública de las diferentes medidas que se están adoptando como respuesta a la crisis económica que sufre España, no sólo desde la perspectiva estrictamente económica o de recorte del gasto público sino también desde el punto de vista estructural, realizando reflexiones sobre el propio modelo de Función Pública que, necesariamente, se verá afectado por las reformas legislativas que ya se han producido o que se proponen para el futuro.

La crisis económica obliga a la Función Pública a plantearse y replantearse su fundamento y su razón de ser en la organización política-administrativa, su contexto económico-financiero y su legitimidad social. Así, partiendo de interrogantes, tan sugerentes pero a la vez necesitados de respuestas, como ¿habría que poder despedir a los funcionarios?, ¿hay demasiados funcionarios en nuestro país?, ¿cobran demasiado?, ¿habría que recortarles aún más sus sueldos?, ¿está politizada nuestra Función Pública?, ¿se puede controlar el rendimiento de los funcionarios públicos?, ¿ha incidido la crisis económica en la falta de desarrollo del estatuto Básico del Empleado Público?, ¿qué Función Pública saldrá de esta crisis económica?, se analiza el estado actual de la cuestión y se hacen propuestas por algunos de los mayores expertos en Función Pública de nuestro país.

El estudio engloba además diversas vertientes, no sólo se afrontan, por tanto, estas materias desde el único prisma del Derecho Administrativo, sino también del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, y desde la práctica.

Todo ello se lleva a cabo a lo largo de doce trabajos que se enfrentan a las claves de la Función Pública en el contexto de crisis actual y en los que se llegan a conclusiones interesantes y a formular propuestas que deben ser atendidas para la mejora del empleo público en este contexto.

Temas tan relevantes como si es posible desarrollar el EBEP en tiempos de crisis, llegando el Prof. Luis Ortega a la conclusión de que no sólo es posible sino imprescindible.

De interés destacado resulta el balance que el experto en la materia, el Prof. Miguel Sánchez Morón, realiza de los excesos y defectos del sistema, así como de la insuficiencia de los ajustes y la necesidad inaplazable de afrontar ciertas reformas, que podrían resumirse en la trilogía de criterios esenciales aplicables al empleo público: profesionalidad, evaluación y flexibilidad.

El tercer capítulo se centra también en las debilidades del marco normativo estructural del empleo público para afrontar la situación actual.

El Prof. Fuentetaja Pastor, bajo el sugerente título «de la Función Pública en tiempos de crisis a la crisis de la Función Pública», aborda temas cruciales en el empleo público actual, incluida la crisis social de la Función pública, la gestocracia o la repolitización y repatrimonialización de la misma.

Otro tema clave actual es sin duda el de las políticas de restricción del gasto público como elemento de ordenación de la gestión pública de recursos humanos y las formas de su articulación, a lo que ha dedicado sus esfuerzos el Prof. Palomar Olmeda.

Igualmente interesante resulta el trabajo de la Prof.ª Cantero, en cuanto al debate sobre la externalización y el número de funcionarios en nuestras Administraciones Públicas.

Tres trabajos, seguidamente, se centran en una cuestión de máxima relevancia: la evaluación del desempeño.

Tras estos estudios de marcado carácter administrativista, se encuentran otros desde la perspectiva del Derecho Laboral, referentes, como no podría ser de otra manera, a la suspensión contractual o reducción de la jornada y los despidos económicos en las Administraciones Públicas, y a los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas.

Concluye esta completa e interesante obra con un estudio sobre la crisis económica, el control interno y los funcionarios de habilitación estatal.

La Encomienda de Gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública

VILALTA REIXACH, M.

Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, 433 páginas

(Prólogo del Prof. Joaquín Tornos Mas)

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo. Universidad de Oviedo]

Como bien indica el Prof. Joaquín Tornos en el prólogo a esta obra, la misma ofrece un completo estudio de una institución de gran relevancia en la organización administrativa, como es la encomienda de gestión. Lo que afronta el autor, añadiendo un plus al estudio, desde la relación directa de esta figura con la institucional contractual.

Así, su autor identifica la razón de ser de esta institución, la separa de otras técnicas similares pero diversas, expone con precisión sus elementos esenciales y la pone en conexión con la institución contractual.

La premisa de la que parte el autor es que la encomienda de gestión es una técnica organizativa al servicio del principio constitucional de eficacia articulado a través de la colaboración, perspectiva que no debe perderse de vista, principalmente por las dificultades que con la nueva regulación contractual se encuentran a la hora de conocer el uso correcto de esta figura, excluida del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a través de lo que hoy se denomina «medios propios».

En efecto, en el complejo sistema de administraciones públicas en que en la actualidad nos desenvolvemos, son imprescindibles estudios de temas como éste, ya que la colaboración entre Administraciones es básica para lograr la coherencia de la actuación pública, en la lógica de los principios de racionalidad y eficacia administrativa. Y en todo ello, juega un papel importante la encomienda de gestión, que, por otro lado, ha sufrido importantes cambios, particularmente en la normativa contractual.

Una brillante tesis cuyo principal contenido, a lo largo de tres capítulos, aborda cuestiones necesarias para tener un conocimiento de la figura estudiada en todas sus vertientes. Así, en primer lugar, el autor realiza una aproximación al fundamento constitucional de la encomienda de gestión, que a su juicio, debe buscarse en la necesidad de asegurar la eficacia de la actuación de la Administración Pública.

En segundo, lugar y partiendo de las consideraciones hechas en el primer capítulo, se centra en el segundo en el estudio del régimen jurídico de la encomienda de gestión, en especial de aquellos aspectos relativos a su ámbito objetivo y subjetivo.

En la tercera parte del estudio, se analiza el concreto aspecto de la naturaleza jurídica y su posible tratamiento contractual a efectos del TRLCSP, perspectiva sugerente e interesante, sin duda.

Todo ello se cierra con la elaboración de una serie de conclusiones finales que ponen especial atención en la aparente contradicción que existe entre la visión de la encomienda de gestión como un instrumento de carácter organizativo dirigido a asegurar la eficacia en la actuación pública mediante la colaboración administrativa y su tratamiento contractual a efectos del TRLCSP, subrayando el autor, la posible incidencia o afectación del Derecho europeo respecto de ámbitos, hasta ahora, considerados exclusivamente internos.

Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo

MUÑOZ MACHADO, S.

Crítica, Barcelona, 2012, 254 páginas

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo. Universidad de Oviedo]

En los momentos convulsos que azotan en la actualidad a la Sociedad española, es necesario que se reflexione sobre el propio Estado y sus instituciones, las cuales, a juicio del Prof. Muñoz Machado, se encuentran inmersas en un proceso de deterioro.

Partiendo de esta idea, y a lo largo de once capítulos, vuelve el autor sobre la historia, la organización territorial y el funcionamiento del Estado español. Afronta el problema de la crisis constitucional que vive actualmente España, centrada especialmente en la decadencia de las instituciones propias del Estado de las autonomías.

Desbroza, una por una, las razones del mal funcionamiento del Estado y propone los mecanismos que deberían utilizarse para proceder a una reforma del sistema establecido. Analiza todas las opciones posibles: el retorno al centralismo de estricta observancia, la conservación parcial del sistema de Comunidades Autónomas, la sustitución del modelo actual por un Estado federal, incluida la variante del federalismo asimétrico, para concluir con una reflexión sobre la autodeterminación y el separatismo.

Sin duda, unas interesantes reflexiones no sólo destinadas a juristas sino a la Sociedad en general.

Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Problemas actuales de la Expropiación Forzosa. Las reformas de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica

FUENTES I GASÓ, J.R., GIFREU I FONT, J. y CASADO CASADO, L.

Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 2012, 433 páginas

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo. Universidad de Oviedo]

Esta obra colectiva recoge las Actas, Ponencias, Comunicaciones y Conclusiones del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rovira y Virgili, los días 10 y 11 de febrero de 2012.

Los estudios que integran este libro se agrupan en tres temáticas, en la primera de ellas se incluyen los trabajos: «Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización» y «Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis», en segundo lugar, los referentes a «¿Una nueva Ley de expropiación forzosa?» y «Reformas en materia de expropiación forzosa en un entorno de crisis». Dedicándose la tercera parte a la reforma local en Italia en el nuevo contexto de crisis económica. A lo que se suma las conclusiones de cada una de las partes y las comunicaciones presentadas.

Los últimos cincuenta años de Derecho Administrativo Alemán

WAHL, R.

Marcial Pons, Madrid, 2013, 167 páginas

(Prólogo a la edición española Rodríguez de Santiago, J.M.ª; traducción de Mardomingo, J.C. y revisión de la traducción por Rodríguez de Santiago, J.M.ª).

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo. Universidad de Oviedo]

El Prof. Rainer Wahl nos presenta, con una metodología intachable, los hitos de la evolución del Derecho público alemán de los últimos cincuenta años.

Para ello, elige con acierto los principales tramos de dicha evolución, refiriéndose a dos fases de relevancia trascendental: la que denomina «fundacional», cifrada en los años cincuenta, y la que da en llamar «europeización».

En la primera de ellas, explica cómo se lleva a cabo una singular «constitucionalización» del Derecho legal; mientras que la segunda es considerada como la fase de transformación de todo el Derecho legal, como consecuencia de su inserción en el marco de otro ordenamiento supraordenado, es decir, la transformación de un

ordenamiento jurídico autónomo en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro.

Junto a estas dos etapas destacadas, el resto son analizadas y expuestas con brillantez desde la perspectiva de la respuesta del Derecho Administrativo y de la disciplinada Ciencia del Derecho Administrativo alemana a cambios sociales y a nuevas funciones del Estado, que van apareciendo en décadas sucesivas: así estudia la etapa que podría denominarse de planificación, propia de los años sesenta; la correspondiente a la protección del medio ambiente, en los años setenta; en los años ochenta destaca la regulación de la técnica y la gestión del riesgo, y, finalmente, como no podría ser de otra manera, la privatización y la desregulación de los años noventa.

Todo ello hace que esta obra no sólo sea relevante para conocer el Derecho Alemán y su evolución, sino que en ella podamos encontrar antecedentes de la propia evolución de nuestro sistema y de sus principales instituciones. Y no sólo desde la perspectiva del Derecho Administrativo sino también Constitucional y de la intervención del Estado en la Sociedad en general.

El futuro de la energía nuclear en España. Perspectivas (no sólo) jurídicas

DOMENECH PASCUAL, G. (DIR.)

Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 318 páginas

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo. Universidad de Oviedo]

Como pone de manifiesto el director de esta obra, el mundo de la energía nuclear está viviendo un momento crucial, en el que se han producido acontecimientos y se han adoptado o se van a tomar decisiones que condicionarán críticamente su futuro. A estos efectos, este libro recoge diversos estudios con el fin de proporcionar al lector una visión interdisciplinar, plural y rigurosa de los problemas más relevantes que en esta materia se plantean. La mayor parte de los trabajos han sido escritos desde una perspectiva jurídica, pero también se incluyen análisis realizados desde otros puntos de vista.

Esta visión poliédrica de una cuestión tan de actualidad como es la energía nuclear se pone de relieve en la temática abordada en este libro, a través de estudios como «La energía nuclear: una solución de futuro», «La imprudencia temeraria nuclear», «Renovación de las autorizaciones de explotación de las centrales nucleares», «Las decisiones normativas sobre riesgos nucleares: marco constitucional», «La energía nuclear en un Estado Democrático y de Derecho», «El marco jurídico actual de la energía nuclear en España», «Otras normas configuradoras del Derecho nuclear», «Régimen jurídico del funcionamiento de las centrales nucleares: balance y perspectivas de futuro», «Desastres naturales y emplazamiento nuclear», o «La potestad de inspección en el ámbito nuclear».

De tal modo que, a través de estudios pormenorizados de las diversas cuestiones presentes en el tema de la energía nuclear, se nos ofrece un panorama de este sector tan de actualidad.

Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad

NETTEL BARRERA, A.C.

Atelier, Barcelona, 2012, 372 páginas

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo. Universidad de Oviedo]

Como bien indica su autora, el hecho de que las Administraciones públicas resuelvan las solicitudes de los ciudadanos en el tiempo legalmente establecido resulta un tema ineludible en una época en que la incertidumbre es un agravante a cualquier situación económica.

A través de una exposición rigurosa y sistemática, desde la perspectiva del Derecho comparado, este libro pone de manifiesto las diversas problemáticas que puede suscitar la aplicación del silencio administrativo, en especial el positivo, en las relaciones entre ciudadanos y Administraciones públicas. La tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica que puede provocar la inactividad en el procedimiento muestra la necesidad de establecer mecanismos que permitan una relación entre ciudadanos y Administraciones basada en la confianza legítima y, al mismo tiempo, en la adecuada preservación de los intereses generales.

Asimismo, la posible producción de daños provocados por la inactividad de la Administración plantea la necesidad de un estudio desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas. En este aspecto, se pone de relieve el análisis sistemático de los criterios jurisprudenciales sobre los efectos de la inactividad procedimental. Su repercusión, tanto en los estándares de actuación administrativa como en las consecuencias que han podido venir soportando indebidamente los ciudadanos (ante las cargas que representa el incumplimiento de resolver el procedimiento administrativo en un plazo debido y razonable) justifica la conveniencia de este trabajo para abogados, empleados o servidores públicos.

A la luz de este estudio, el lector encontrará argumentos sólidos y útiles que, además de examinar críticamente las posiciones tradicionales, contribuyan a repensar los modelos actuales, insistiendo en la conveniencia de revalorizar la obligación de resolver el procedimiento, las garantías que éste comporta y la exigencia de una respuesta debida por parte de las Administraciones públicas.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista Justicia Administrativa publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Público. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. ***Dirección de envío:*** Todos los trabajos y libros para recensiones deberán remitirse a la sede de la Revista Justicia Administrativa (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: henar.delolmo@thomsonreuters.com. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.

2. ***Compromiso de publicación y originalidad:*** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.

3. ***Exclusividad:*** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.

4. ***Evaluación:*** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.

5. ***Extensión y formato:*** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres contando los espacios. Preferiblemente el interlineado será a doble espacio y las

páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. ***Otros requisitos:*** El trabajo deberá ir acompañado, igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

   a) LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.
   b) ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
   c) RECURSO DE INTERNET: <URL>.

7. ***Emisión de certificados:*** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.