

DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá de Henares

Nº 61

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

Depósito Legal: VA 777-1998

ISSN 1139-4951

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General:

Daniel Tejada Benavides

Impresión

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

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. Dirijase 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 consecuyente 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 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:



CARHUS PLUS



CSIC

Dialnet



IN~RECJ



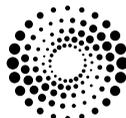
latindex



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 online 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

ORIOI 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 SETUAIN

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL CONSEJO DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL COMO ÓRGANO DE COOPERACIÓN CULTURAL	
<i>Javier García Fernández</i>	7
EL DERECHO A NO SER SOMETIDO A DOBLE PROCESAMIENTO: DISCREPANCIAS SOBRE EL <i>BIS IN IDEM</i> EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
<i>Rafael Alcácer Guirao</i>	25

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	
<i>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.</i>	55
II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS	
<i>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.</i>	71
III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS	
<i>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. Canosa Usera, R.; Hernández Ramos, M.; Rosino Calle, R.; Alonso, L.</i>	81
IV. FUENTES DEL DERECHO	
<i>Menéndez Rexach, A. (coord.); De Marcos Fernández, A.</i>	107
V. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PROCEDIMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	
<i>Menéndez Rexach, A. (coord.); Domínguez Martín, M.; López de Castro García-Morato, L.; Rodríguez-Chaves Mimbbrero, B.; Chinchilla Peinado, J.A.</i>	123

	Página
VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA <i>Sánchez Morón, M. (coord.); Casino Rubio, M.; Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Aya- la, V.</i>	139
VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR <i>Rebollo Puig, M. (coord.); Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.M.; Rodríguez Portugués, M.A.</i>	153
VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA <i>López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire, J.A.; Guichot Reina, E.</i>	175
IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA <i>López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina, E.; Carrillo Donaire, J.A.</i>	189
X. FUNCIÓN PÚBLICA <i>Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J.; Fuentetaja Pas- tor, J.A.</i>	201
XI. URBANISMO <i>Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Loza- no, R.; Villanueva Cuevas, A.</i>	219
XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL <i>Embid Irujo, A. (coord.); Colom Piazuelo, E.; Embid Tello, A.E.; Jiménez Compaired, I.; Setuáin Mendía, B.; Valcárcel, P.</i>	229
XIII. MEDIO AMBIENTE <i>Embid Irujo, A. (coord.); Domper Ferrando, J.; Embid Tello, A.E.; Jiménez Compai- red, I.; Salinas Alcega, S.; Setuáin Mendía, B.; Valcárcel, P.</i>	255
XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO <i>Tornos Mas, J. (coord.); Gracia Retortillo, R.; Mollevi i Bortolo, J.; Vilalta Reixach, M.</i>	271
XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SA- NIDAD <i>Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros Mendazona, E.</i>	277
XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JU- RISDICCIONALES <i>Fernández Farreres, G. (coord.); Alcantarilla Hidalgo, F.J.</i>	287

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS <i>Menéndez Sebastián, E.M. (coord.)</i>	305
--	-----

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL CONSEJO DEL PATRIMONIO HISTÓRICO ESPAÑOL COMO ÓRGANO DE COOPERACIÓN CULTURAL

JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ

*Catedrático de Derecho constitucional
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

El Consejo del Patrimonio Histórico Español como órgano de cooperación cultural

El Consejo del Patrimonio Histórico fue creado por la Ley del Patrimonio Histórico Español de 1985 como órgano de cooperación con las Comunidades Autónomas. El presente trabajo analiza sus antecedentes normativos, su naturaleza administrativa y su régimen jurídico y, tras el examen de su práctica, llega a la conclusión de que es un buen instrumento para la cooperación entre la Administración General del Estado y las Administraciones autonómicas.

Palabras clave: Consejo del Patrimonio Histórico, Patrimonio Histórico, cooperación, Secretaría de Estado de Cultura.

ABSTRACT

The Spanish Heritage Council as a body of cultural cooperation

The Historical Heritage Council was created by the 1985 Law of Historical Heritage of Spain as a body for cooperation with the Autonomous Communities. This paper analyzes its normative antecedents, its administrative nature, and its legal nature and, after considering its practice, the paper concludes that the Council is a good instrument for cooperation between the General Administration of the State and the regional authorities.

Key words: Heritage Council, historical heritage, cooperation, Secretary of State for Culture.

SUMARIO

- I. LOS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO Y SUS CARENCIAS.
- II. ANTECEDENTES NORMATIVOS.
- III. NATURALEZA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO.
- IV. REGULACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y RÉGIMEN JURÍDICO.
- V. CONCLUSIÓN.

I. LOS INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO Y SUS CARENCIAS

Desde los inicios del Estado autonómico en España ha habido en la doctrina del Derecho Público un tema relativamente pacífico que es el de las insuficiencias de los instrumentos

de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁽¹⁾. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, intentó paliar las carencias de los instrumentos de cooperación pero su Título I no aportó suficientes elementos para que se pudiera hablar de un sólido modelo de colaboración entre Administraciones Públicas que hiciera efectivo el principio de colaboración⁽²⁾. Como es sabido, la Ley 4/1999, de 13 de enero, reformó extensamente el Título Primero de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y esta reforma comportó cambios importantes en los instrumentos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁽³⁾. Ahora bien, aún antes de la primera redacción de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, apareció en el ordenamiento español un órgano de colaboración entre la Administración General del Estado (que todavía no se denominaba así) y la Administración autonómica cuya importancia práctica no se ha destacado lo suficiente, el Consejo del Patrimonio Histórico Español, creado por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en lo sucesivo, LPHE). Merece la pena, por ello, analizarlo tanto desde un punto de vista normativo como desde la perspectiva de la práctica que ha desarrollado a lo largo de casi treinta años.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Al erigirse como órgano de cooperación entre la Administración General del Estado y las Administraciones autonómicas, un órgano como el Consejo del Patrimonio Histórico Español carece de antecedentes en el ordenamiento español pues la breve experiencia regionalizadora de la Segunda República no llegó a generalizarse y, a lo sumo, sólo se establecieron órganos bilaterales entre la Administración del Estado y la Administración de la Generalidad de Cataluña.

Con la denominación de Consejo General del Patrimonio Histórico y con un mandato más taxativo («La comunicación... incumbe al Consejo...») este órgano apareció ya en el proyecto de ley de 1984 como artículo 3.^o⁽⁴⁾. En el Congreso de los Diputados, una

(1) Para la doctrina más temprana que analizó el problema y propuso incluso instrumentos y medidas para atenuarlo, Pablo SANTOLAYA MACHETTI: *Descentralización y cooperación (Introducción al estudio de los mecanismos de cooperación en los Estados basados en la descentralización política; su aplicación al caso español)*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, especialmente pp. 289-460.

(2) Para la primera redacción del Título I de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Enoch ALBERTÍ ROVIRA: «Relaciones entre las Administraciones Públicas», en Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN (dirs.): *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 41-70; y Pablo SANTOLAYA MACHETTI: «Relaciones entre las Administraciones Públicas», en Benigno PENDÁS GARCÍA (coord.): *Administraciones Públicas y Ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, Ed. Praxis, Barcelona, 1993, pp. 173-215.

(3) Sobre la reforma de 1999, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, 2.^a ed., t. I, pp. 469-623; y Francisco SANZ GANDASEGUI: «Título I. De las Administraciones Públicas y sus relaciones», en la obra col. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, 2.^a ed., pp. 57-115.

(4) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, II legislatura, serie A, núm. 96-I, 3 de abril de 1984, p. 7.

enmienda del Diputado Rodríguez Sahagún (del Grupo Mixto) propuso que la representación del Estado se ampliara a tres Vocales representativos de entidades culturales con el fin de despolitizar el órgano⁽⁵⁾. Otra enmienda del Grupo Parlamentario Popular profundizaba en la línea del Diputado Rodríguez Sahagún pues proponía incorporar al Consejo, además de la representación estatal y la autonómica, a académicos, catedráticos y Directores de Museos. Además, atribuía al Consejo una función nuclear en la ejecución de la Ley («Para el cumplimiento de esta Ley...»)⁽⁶⁾. Insólitamente, pues no es usual en la práctica parlamentaria, el mismo Grupo Parlamentario Popular presentó una segunda enmienda al mismo precepto que ampliaba aún más la representación no oficial del Consejo con un representante del Episcopado y aumentaba los representantes de las Comunidades Autónomas cuando se debatieran temas que afectaran a alguna de éstas⁽⁷⁾. Otro Diputado del Grupo Mixto, Fernando Pérez Royo, propuso agregar al precepto la previsión de que el Consejo estaría asesorado por técnicos y expertos⁽⁸⁾. En realidad, las cuatro enmiendas partían de un modelo diferente al que establecía el proyecto de ley. Como dijo el Informe de la Ponencia, el Consejo tenía como misión la comunicación y el intercambio de programas de actuación entre las distintas Administraciones Públicas por lo que las instituciones consultivas y los expertos no encajaban en este órgano⁽⁹⁾. En cambio, a propuesta del Ponente del Grupo Parlamentario Socialista, se modificó la denominación del órgano que pasó a tener su denominación actual «por considerar la Ponencia que este órgano no tiene funciones que le hagan merecedor de la primera denominación empleada»⁽¹⁰⁾. En la Comisión de Educación y Cultura se sometieron a votación todas las enmiendas, ya rechazadas en Ponencia, y fueron nuevamente rechazadas⁽¹¹⁾. Ulteriormente, el Pleno del Congreso rechazó la segunda de las enmiendas del Grupo Parlamentario Popular que la había mantenido hasta esta instancia⁽¹²⁾.

En el Senado, el Grupo Parlamentario Popular volvió a presentar dos enmiendas al mismo precepto. Ambas enmiendas reproducían las ya presentadas en el Congreso,

(5) Congreso de los Diputados. Comisión de Educación y Cultura. Proyecto de ley: Del Patrimonio Histórico Español. Enmiendas. Enmienda núm. 44 (reproducido en Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA: *Ley del Patrimonio Histórico Español. Trabajos parlamentarios*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, p. 46).

(6) Congreso de los Diputados. Comisión de Educación y Cultura. Proyecto de ley: Del Patrimonio Histórico Español. Enmiendas. Enmienda núm. 52 (reproducido en Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA: *Ley del Patrimonio Histórico Español. Trabajos parlamentarios* cit., p. 49).

(7) Congreso de los Diputados. Comisión de Educación y Cultura. Proyecto de ley: Del Patrimonio Histórico Español. Enmiendas. Enmienda núm. 53 (reproducido en Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA: *Ley del Patrimonio Histórico Español. Trabajos parlamentarios* cit., p. 50).

(8) Congreso de los Diputados. Comisión de Educación y Cultura. Proyecto de ley: Del Patrimonio Histórico Español. Enmiendas. Enmienda núm. 151 (reproducido en Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN Y DE LA SERNA: *Ley del Patrimonio Histórico Español. Trabajos parlamentarios* cit., p. 86).

(9) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, II legislatura, serie A, núm. 96-I-3, 11 de febrero de 1985, p. 5.

(10) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, II legislatura, serie A, núm. 96-I-3, 11 de febrero de 1985, p. 4.

(11) *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Educación y Cultura*, II legislatura, Sesión celebrada el 12 de febrero de 1985, núm. 263, p. 8198.

(12) *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II legislatura, Sesión plenaria núm. 183 celebrada el 21 de febrero de 1985, año 1985, núm. 183, pp. 8413-8414.

La comunicación y el intercambio de programas de actuación e información relativos al Patrimonio Histórico Español serán facilitados por el Consejo del Patrimonio Histórico.

y expresaban una filosofía distinta a la que sustentaba el proyecto de ley⁽¹³⁾. Por el Grupo Parlamentario Mixto el Senador Rafael Fernández-Piñar y Afán de Ribera, mediante dos enmiendas, reiteró la del Diputado del Grupo Mixto Pérez Royo acerca del asesoramiento de técnicos y expertos al Consejo⁽¹⁴⁾. La Ponencia rechazó todas las enmiendas⁽¹⁵⁾ y lo mismo hizo la Comisión de Educación, Universidades, Investigación y Cultura, a juzgar por el dictamen que aprobó⁽¹⁶⁾. En el debate plenario, tampoco se admitieron las enmiendas populares y del Grupo Mixto⁽¹⁷⁾. Así el Consejo acabó regulado con una formulación sustancialmente similar a la que contenía el proyecto de ley salvo los retoques que introdujo una enmienda del Grupo Parlamentario. Lo que quedó claro en el debate en ambas Cámaras es que el Consejo era una sede de encuentro Estado/Comunidades Autónomas, no una sede de encuentro de profesionales o de la sociedad civil o eclesiástica.

La segunda referencia que contiene la LPHE al Consejo del Patrimonio Histórico se sitúa en el artículo 29.4 que establece que los bienes del Patrimonio Histórico Español que hayan sido recuperados se destinarán a un centro público, previo informe del Consejo. Este precepto no estaba en el proyecto de ley ni fue objeto de ninguna enmienda en el Congreso de los Diputados. Emergió con su redacción actual dentro de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista del Senado que cambió por completo el antiguo artículo 29 del proyecto sin apenas motivarlo⁽¹⁸⁾. La Ponencia del Senado aprobó esa enmienda por mayoría⁽¹⁹⁾. A partir de ahí no tuvo ninguna modificación a pesar de que el tercer apartado del vigente artículo 29 fue objeto de una enmienda transaccional que se aprobó por asentimiento⁽²⁰⁾. Finalmente, el Congreso de los Diputados votó por mayoría esta enmienda del Senado (ciento sesenta y cinco votos a favor, setenta y dos en con-

(13) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, II legislatura, serie II, núm. 241 (c), 15 de abril de 1985, pp. 528-529.

(14) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, II legislatura, serie II, núm. 241 (c), 15 de abril de 1985, pp. 581-582.

(15) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, II legislatura, serie II, núm. 241 (d), 7 de mayo de 1985, p. 600.

(16) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, II legislatura, serie II, núm. 241 (e), 9 de mayo de 1985, p. 637.

(17) *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado.*, II legislatura, Sesión plenaria núm. 120 celebrada el 16 de mayo de 1985, año 1985, núm. 120, pp. 686 y 689.

(18) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, II legislatura, serie II, núm. 241 (c), 15 de abril de 1985, pp. 569-570.

(19) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*, II legislatura, serie II, núm. 241 (d), 7 de mayo de 1985, p. 603.

(20) *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado.*, II legislatura, Sesión plenaria núm. 120 celebrada el 16 de mayo de 1985, año 1985, núm. 120, pp. 707 y 708.

tra y seis abstenciones)⁽²¹⁾. Dado que sobre los tres primeros apartados del artículo hubo asentimiento del Senado es posible que el Grupo Parlamentario Popular discrepara de esta nueva función del Consejo.

Finalmente, en cuanto a los antecedentes del artículo 35.1 y 2, que es la tercera referencia de la LPHE al Consejo, se debe recordar que ya figuraba, con la misma redacción, salvo en la denominación del órgano, en el proyecto de ley remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados, incluso con esa misma numeración, lo que no suele ser habitual en la tramitación de un proyecto de ley (en este mismo artículo figuraban inicialmente dos apartados más que finalmente quedaron en uno pero ya no se referían al Consejo del Patrimonio Histórico)⁽²²⁾. El artículo, en sus apartados 1 y 2, fue objeto de una sola enmienda en el Congreso de los Diputados (para los otros dos apartados se presentaron varias enmiendas). El Grupo Parlamentario Popular pretendió con una enmienda, coherente con las formuladas a propósito del artículo 3.º, que en la función de aprobar los Planes Nacionales de Información el todavía llamado Consejo General del Patrimonio Histórico estuviera asesorado por las Reales Academias de la Historia y de Bellas Artes⁽²³⁾, lo que respondía a una filosofía muy distinta de la que dimanaba del proyecto de ley.

En este caso hubo unanimidad pues según explica el Informe de la Ponencia, ésta, a propuesta de los Ponentes del Grupo Parlamentario Socialista, aprobó una nueva redacción del artículo 35 que es la vigente. Admitida la nueva redacción, el Ponente del Grupo Parlamentario Popular retiró su enmienda⁽²⁴⁾. Ahí acabó la tramitación parlamentaria de los apartados 1 y 2 del artículo 35 pues tampoco en el Senado se formularon enmiendas.

La LPHE fue objeto de cuatro recursos de inconstitucionalidad pero los artículos 3, 29.4 y 35.1 no fueron impugnados por ninguno de los recurrentes. Es un dato de cierta relevancia porque denota la aceptación por parte las tres primeras Comunidades Autónomas (País Vasco, Cataluña y Galicia) del modelo de cooperación que avanzó la LPHE.

Promulgada la Ley, el artículo 3.1 de ésta se desarrolló a través del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley, que dedicó al Consejo el primer Capítulo (artículos 2 a 6), así como los artículos 38 y 58.4 y disposición adicional quinta. Posteriormente, ese Real Decreto fue modificado por el Real 64/1994, de 21 de enero, que reformó los artículos 4.b) y 6.6, reformas que veremos más adelante. Dicho Real Decreto 64/1994, de 21 de enero, suprimió la disposición adicional quinta que se refería a la planificación anual de actividades de lo que hoy es el Instituto del Patrimonio Cultural de España.

(21) *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.*, II legislatura, Sesión plenaria núm. 211 celebrada el 28 de mayo de 1985, año 1985, núm. 211, p. 9702.

(22) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, II legislatura, serie A, núm. 96-I, 3 de abril de 1984, p. 12.

(23) Congreso de los Diputados. Comisión de Educación y Cultura. Proyecto de ley: Del Patrimonio Histórico Español. Enmienda núm. 44 (reproducido en Alfredo PÉREZ DE ARMIÑAN Y DE LA SERNA: *Ley del Patrimonio Histórico Español. Trabajos parlamentarios* cit., pp. 64-65).

(24) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, II legislatura, serie A, núm. 96-I-3, 11 de febrero de 1985, pp. 186-187.

III. NATURALEZA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO

La naturaleza jurídica del Consejo, por haberse creado mucho antes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, presenta peculiaridades que destacan aún más por ser uno de los primeros órganos de cooperación creado en el Estado de las Autonomías. El art. 3.1 de la LPHE, que lo crea, establece:

«La comunicación y el intercambio de programas de actuación e información relativos al Patrimonio Histórico Español serán facilitados por el Consejo del Patrimonio Histórico, constituido por un representante de cada Comunidad Autónoma, designado por su Consejo de Gobierno, y el Director General correspondiente de la Administración del Estado, que actuará como Presidente».

Además, la LPHE se refiere al Consejo del Patrimonio Histórico en otras dos ocasiones: *i)* para encargarle que informe sobre el destino de los bienes recuperados de la exportación ilegal (artículo 29.4); y *ii)* para encomendarle la elaboración y aprobación de los Planes Nacionales de Información regulados en el artículo 35.1 de la LPHE (artículo 35.2).

Estamos, pues, ante un órgano colegiado multilateral y sectorial en el que convergen las Administraciones estatal y autonómicas y que tiene como función primordial facilitar la comunicación y el intercambio de programas de actuación e información relativos al Patrimonio Histórico Español.

Se trata, en primer lugar, de un órgano colegiado, como se desprende de su composición en el que participan representantes de dos tipos de Administraciones. Ello comporta que está formado por una pluralidad de personas físicas que son, a su vez, titulares de órganos unipersonales. Los órganos colegiados se suelen crear por Ley, como es este caso, y este Consejo tiene la particularidad, como hemos visto más arriba, de ser anterior a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aunque le son de aplicación todas las previsiones de esta Ley en cuanto al régimen jurídico y al procedimiento administrativo aplicables, máxime cuando las exigencias de ésta última Ley no contradicen lo previsto en el artículo 3.1 de la LPHE, la cual se limita a establecer las funciones del Consejo, su composición y, dentro de ésta, la posición especial del Presidente.

Además, se trata de un órgano colegiado multilateral de cooperación de carácter sectorial en el que concurren las Administraciones del Estado (Administración General del Estado⁽²⁵⁾) y las de las Comunidades Autónomas. Por consiguiente, nos situamos ante uno de los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es decir, se trata de un órgano de cooperación pero no del tipo de las Conferencias Sectoriales previstas en los apartados 2 a 6 de dicho precepto sino del tipo de los órganos de cooperación contemplados en el apartado 7 del mismo artículo. Órgano de cooperación que no está compuesto por Ministros y Consejeros autonómicos y que se sitúa en un nivel

(25) Al ser la LPHE anterior a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aún utiliza la expresión «Administración del Estado», la cual fue sustituida por el término «Administración General del Estado» al aprobarse dicha Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

administrativo inferior, de órganos directivos, en la terminología de la LOFAGE, lo cual no deja de tener importancia a la hora de adoptar acuerdos.

Esta naturaleza de órgano colegiado multilateral y sectorial en el que participan varias Administraciones tiene otras dos consecuencias, a saber, que se le aplica el artículo 22 de la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en lo que se refiere a su potestad de auto-organización y, en segundo lugar, su no integración en la estructura jerárquica de la Administración General del Estado.

Si parece clara la naturaleza jurídica del Consejo del Patrimonio Español como órgano colegiado multilateral y sectorial, es preciso, a continuación, señalar para y por qué tiene esta naturaleza. Sin entrar en muchas disquisiciones constitucionales se puede señalar que el Consejo surge al servicio de la necesidad de coordinar al Estado con las Comunidades Autónomas, coordinación que se expresa en la cooperación y en el intercambio de información, como vio quien durante muchos años fue el que fuera Secretario del órgano⁽²⁶⁾.

Todo ello hace aflorar un interrogante que Lafuente Batanero se planteó: ¿el Consejo es un órgano político o administrativo? Para este autor, la respuesta es clara: es un órgano político no sólo por su composición de Directores Generales (aunque sólo el Director General de la Administración General del Estado tiene esta consideración de derecho necesario) sino por sus funciones políticas de coordinación⁽²⁷⁾.

IV. REGULACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

1. *Regulación.* El Consejo del Patrimonio Histórico se rige, como hemos visto, por los artículos 3.1 y 35.2 de la LPHE y por el Capítulo Primero del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley. El artículo 3.1 describe al órgano y fija sus funciones en tanto que el artículo 35.2 encarga al Consejo elaborar y aprobar los Planes Nacionales de Información a que se refiere el artículo 35.1 de la misma LPHE. Por su parte, Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, reformado por el Real 64/1994, de 21 de enero, establece pormenorizadamente las funciones del órgano, completa la composición que establece la Ley y establece algunas reglas de funcionamiento. Por ende, es un órgano de configuración legal en cuya regulación ha de colaborar el Reglamento. Además de la LPHE y del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, la Orden del Ministro de Cultura de 12 de junio de 1987, por la que se regula la composición y funciones de la Junta Superior de Museos,⁽²⁸⁾ atribuye al Consejo proponer cinco Directores de Museos de titularidad estatal gestionados por las Comunidades Autónomas⁽²⁹⁾.

(26) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico», *Patrimonio Cultural y Derecho*, n.º 2, 1998, pp. 21-53. Esta es la única monografía dedicada a este órgano y a pesar de que se publicó hace quince años sigue siendo un trabajo excelente, completo y bien fundamentado.

(27) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., p. 34.

(28) *BOE*, n.º 147, 20 de junio de 1987.

(29) Tras la promulgación de la LPHE diversas normas de rango reglamentario encargaban al Consejo del Patrimonio Histórico designar representantes autonómicos para, por ejemplo, el Consejo Coordinador de Bibliotecas o el Patronato de la Biblioteca Nacional. Esa función ha ido desapareciendo porque en la actualidad cuando hay

Órgano
colegiado
multilateral
y sectorial
en el que
convergen
las Adminis-
traciones
estatal y
autonómicas.

2. *Adscripción administrativa.* El artículo 4 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, sitúa la sede del Consejo en la villa de Madrid y señala que está adscrito al Ministerio de Cultura. Tras la supresión de 1996, el Ministerio de Cultura ha sido nuevamente suprimido por el Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales⁽³⁰⁾, y sus atribuciones han pasado al nuevo Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en el que se crea la Secretaría de Estado de Cultura. El Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de los departamentos ministeriales⁽³¹⁾, creó, en el seno de esa Secretaría de Estado de Cultura, la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas. Finalmente, el Real Decreto 257/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte⁽³²⁾, fija las funciones y órganos de la Secretaría de Estado y de la Dirección General.

Hay que advertir, sin embargo, que al tratarse de un órgano colegiado multilateral de cooperación de carácter sectorial constituido por Administración General del Estado y por las Administraciones autonómicas, su adscripción al Ministerio no tiene naturaleza jerárquica, como ya prevé el último párrafo del artículo 22.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre⁽³³⁾. Eso explica que en el Real Decreto 257/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, no se haga alusión al Consejo.

3. *Composición.* La LPHE establece que este órgano está formado por el «Director General correspondiente de la Administración del Estado» y por «un representante de cada Comunidad Autónoma». El Reglamento ha determinado estas previsiones tan genéricas en sus artículos 4 a 6, que han establecido la siguiente composición.

El Presidente y representante del Estado, según el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, era el Director General de Bellas Artes y Archivos del Ministerio de Cultura salvo que la reunión trate monográficamente sobre el Patrimonio Bibliográfico en cuyo caso la reunión

representantes autonómicos en órganos de esa naturaleza, se tiende a haya tantos como Comunidades Autónomas, designados directamente por éstas.

(30) BOE, n.º 307, 22 de diciembre de 2011.

(31) BOE, n.º 315, 31 de diciembre de 2011.

(32) BOE, n.º 24, 28 de enero de 2012.

(33) Sobre la naturaleza de esta adscripción no jerárquica y sus efectos, Juan Carlos CALVO CORBELLA: «Capítulo II. Órganos colegiados (Artículos 22 a 27)», en la obra col. *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Ministerio de Justicia — Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, t. I, pp.71-72; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)* cit., t. I, pp. 792-793.

será presidida por el Director General del Libro y Bibliotecas. Ambos cargos fueron suprimidos hace tiempo⁽³⁴⁾ y los cargos que asumieron sus funciones han sido suprimidos, a su vez, como acabamos de ver, por el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, que ha creado la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas en donde confluyen las competencias de las dos antiguas Direcciones Generales en lo que a Patrimonio Histórico se refiere. Por ende, el Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas es el Presidente del Consejo y el representante de la Administración General del Estado en el mismo.

Por parte de las Comunidades Autónomas el representante será el titular del cargo equivalente al de Bellas Artes. Dada la fluidez organizativa de las Administraciones autonómicas es difícil avanzar la denominación de los cargos de cada Comunidad Autónoma y la Consejería o Departamento al que están adscritos. La redacción inicial del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, decía que serían Vocales del Consejo un representante de cada Comunidad Autónoma «designado por sus Consejos de Gobierno» pero el Real 64/1994, de 21 de enero, suprimió el párrafo entrecomillado quizá por entender que el Decreto estatal constreñía demasiado las potestades de auto-organización de las Comunidades, que podrían preferir otras fórmulas de designación (desde la Asamblea Legislativa hasta el Consejero, pasando incluso por el Presidente de la Comunidad). Aunque la normativa vigente habla de Comunidades Autónomas, también forman parte del mismo las Ciudades Autónomas de Ceuta y de Melilla.

Además del Presidente y de los Vocales, el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, ha añadido otras previsiones sobre la composición del Consejo. Por una parte, el artículo 5 contempla que los miembros del Consejo puedan acudir acompañados de un asesor con voz y sin voto⁽³⁵⁾. Se trata de una previsión prudente pues los Directores Generales no siempre conocen al detalle las cuestiones que sus Subdirectores generales (o cargo de similar rango en las Comunidades Autónomas) pueden manejar con más soltura.

Por otra parte, el artículo 6.5 del mismo Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, regula la Secretaría del Consejo como órgano de apoyo administrativo del mismo previéndose que asistirá las sesiones con voz y sin voto. El Secretario, según dicho precepto, es nombrado por el Presidente del Consejo de entre los Subdirectores Generales del Ministerio de Cultura (ahora, de Educación, Cultura y Deporte). A pesar de esta indeterminación, se entiende que debe ser un Subdirector General de la Dirección General competente, es decir, de la de Bellas Artes y Bienes Culturales y de Archivos y Bibliotecas, aunque es cierto, como ha dicho algún autor, que no es preciso que el Subdirector General lo sea

(34) Por el Real Decreto 2045/1994, de 14 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Cultura (*BOE*, n.º 251, 20 de octubre de 1994)

(35) Con su práctica de Secretario del Consejo, Luis LAFUENTE BATANERO («El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., p. 35) informa que esta posibilidad de asistencia de asesores es muy flexible y por parte de la Administración General del Estado suelen asistir varios Subdirectores Generales asistidos de otros funcionarios. También suele asistir el Subdirector General encargado de las relaciones con las Comunidades Autónomas de lo que ahora es el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y, si hay un tema que les afecte, representantes de la Policía Nacional y de la Guardia Civil. Por parte autonómica la asistencia de asesores no es tan numerosa.

de esa Dirección General⁽³⁶⁾. El Real Decreto 257/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio, no lo especifica pero si se lee el artículo 10 del mismo encontramos en el apartado 1.c) que esa Dirección General tiene encomendada la coordinación con las demás Administraciones Públicas. Esas funciones están encomendadas, según el apartado 2.a) del mismo artículo, a la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico, por lo que cabe entender que es el titular de esa Subdirección General el que tiene encomendada la Secretaría del Consejo. Históricamente siempre ha sido desde la creación del órgano⁽³⁷⁾.

Esta composición corrobora lo que señalábamos al principio de este trabajo: se trata de un órgano colegiado multilateral de cooperación en el que concurren la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, en uno de los supuestos previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Un órgano de cooperación pero no del tipo de las Conferencias Sectoriales previstas en los apartados 2 a 6 de dicho precepto sino del tipo de los órganos de cooperación contemplados en el apartado 7 del mismo artículo. No les faltaba razón a los primeros comentaristas de la LPHE, Piedad García-Escudero y Benigno Pendás García, cuando la denominaban «órgano capital en las relaciones de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas».⁽³⁸⁾

4. *Atribuciones.* La LPHE ha formado un núcleo o círculo interno de atribuciones genéricas del Consejo. En ese círculo interno se residencian la comunicación y el intercambio de programas de actuación e información que el Consejo debe facilitar (artículo 3.1 de la LPHE), el informe sobre el destino de los bienes recuperados que irán a un centro público (artículo 29.4 de la LPHE) y la elaboración y aprobación de los Planes Nacionales de Información sobre el Patrimonio Histórico Español, Planes que tienen como fines proteger los bienes, facilitar el acceso de los ciudadanos a los mismos, fomentar la comunicación y promover la información necesaria para el desarrollo de la investigación científica y técnica (artículo 35.1 y 2 de la LPHE). De forma indirecta, como explicó Lafuente Batanero, la dicción del apartado 2 del artículo 3 de la LPHE configura también una atribución genérica del Consejo. En efecto, el artículo 3.2 de la Ley se inicia con las siguientes palabras:

«Sin perjuicio de las funciones atribuidas al Consejo del Patrimonio Histórico, son instituciones consultivas de la Administración del Estado, a los efectos previstos en la presente Ley...».

(36) Félix BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN: *El Patrimonio Cultural español (aspectos jurídicos, administrativos y fiscales)*, Ed. Comares, Granada, 1988 (hay ed. posterior), p. 45.

(37) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., p. 37. Antes de fusionarse toda la gestión del Patrimonio Histórico en una sola Dirección General, un autor se planteaba si debería haber dos Secretarios del Consejo por afinidad al Director General al que correspondiera la Presidencia del órgano, respondiendo que parecía más conveniente que correspondiera a un Subdirector General vinculado a Bellas Artes porque la Presidencia del Director General del Libro y Bibliotecas era excepcional (Félix BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN: *El Patrimonio Cultural español (aspectos jurídicos, administrativos y fiscales)* cit., p. 46.

(38) Piedad GARCÍA-ESCUADERO y Benigno PENDÁS GARCÍA: *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1986, p. 99.

De hecho deduce el citado autor que el Consejo tiene atribuidas también funciones consultivas de la Administración en el preciso sentido que de las instituciones consultivas dan la LPHE y el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero⁽³⁹⁾.

Como veremos más abajo, las atribuciones a que se refiere la LPHE han sido concretadas, desarrolladas y ampliadas por el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, pero ahora conviene recordar, como hizo Lafuente Batanero, que la expresión «intercambio» parece esencial porque comporta que la Administración General del Estado informa de sus planes a las Comunidades Autónomas y viceversa⁽⁴⁰⁾. El objeto de ese intercambio, como recordó el propio Lafuente Batanero, no es una materia indeterminada, sino todas aquellas materias recogidas en el artículo 1.2 de la LPHE como integrantes del Patrimonio Histórico Español⁽⁴¹⁾.

Aunque muy posterior en el tiempo, la Ley 4/1999, de 13 de enero, que reformó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha contribuido a enmarcar jurídicamente las atribuciones del Consejo. En primer lugar, como se desprende del artículo 5 de la misma Ley, esas atribuciones se sitúan en el ámbito de la cooperación orgánica (no funcional) que, cuando se aprobó la LPHE en 1985, carecía de un marco jurídico general⁽⁴²⁾. En segundo lugar, el propio artículo 5.7 prevé que las Administraciones General del Estado y las autonómicas podrán crear órganos de cooperación que reúnan a los responsables de una materia y es evidente que el Consejo del Patrimonio Histórico se insertó *avant la lettre* en esta previsión. En tercer lugar, por último, hay que advertir también que en relación al conjunto de planes y programas conjuntos que ha previsto el artículo 7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, en la redacción establecida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, la iniciativa de los mismos corresponde a las Conferencias Sectoriales pero en este caso tanto la iniciativa como el contenido están fijados *ex lege*, lo que explica las peculiaridades de su régimen jurídico y de su alcance.

5. *Funciones.* Al lado de las atribuciones más o menos genéricas fijadas *ex lege*, el Reglamento ha venido a precisar, modular y ampliar esas atribuciones mediante una relación relativamente extensa de funciones. Esas funciones se pueden clasificar en seis categorías si tenemos en cuenta tanto las que fija la Ley como como las que dimanen de los artículos 3, 38 y 58.4 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero.

A) *En relación a los Planes y Programas de actuación:* el Consejo elabora y aprueba los Planes Nacionales de Información a que se refiere el artículo 35.1 de la LPHE, conoce los programas de actuación del Estado y «regionales» así como sus resultados y, en fin, ela-

(39) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., pp. 29-30 y 33.

(40) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., p. 29.

(41) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., p. 29.

(42) Francisco SANZ GANDASEGUI: «Artículo 5. Conferencias Sectoriales y otros órganos de cooperación», en la obra col. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo* cit., pp. 75-76. Sobre las funciones de cooperación, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)* cit., t. I, pp. 512-532; y Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE: «Artículo 5», en José Luis PIÑAR MAÑAS (dir.): *La reforma del Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, pp. 77-80.

bora y propone campañas de actividades informativas y divulgativas⁽⁴³⁾ [artículo 2.a), b) y c)]. Como señala Lafuente Batanero, esta función es la que de modo más claro hace constituirse al Consejo en un foro de debate e intercambio de información⁽⁴⁴⁾. Asimismo, por mandato reglamentario, el Consejo informa los Planes Anuales de Conservación y Enriquecimiento del Patrimonio Histórico y los Planes de Fomento de la Creatividad Artística (artículo 58.4).

B) En relación al destino de los bienes recuperados de la exportación ilegal: el Consejo informa sobre el destino de tales bienes que han de depositarse en un centro público [artículo 2.e)]. José Luis Álvarez Álvarez, antiguo Ponente de la Ley en el Congreso de los Diputados y defensor de un Consejo de composición más académica, considera que esta previsión es lógica porque se trata de bienes tan importantes que no se hubiera permitido la exportación y se ha hecho el esfuerzo de recuperar. Sin embargo, este autor teme que por su composición política en el informe del Consejo del Patrimonio Histórico puedan prevalecer más los aspectos políticos o administrativos que los propiamente culturales⁽⁴⁵⁾. Pero también puede pensarse que la prevalencia de la Administración General del Estado permite adoptar decisiones en defensa del interés general. Por su parte, Lafuente Batanero ha destacado la importancia de esta atribución pues al ser competencia exclusiva del Estado la defensa contra la exportación ilegal (artículo 149.1.28 de la Constitución), el Gobierno, por medio del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, ha optado por escuchar previamente la opinión no vinculante de las Comunidades Autónomas a través del Consejo, si bien el informe se limita al destino posterior y no a las medidas necesarias para recuperación⁽⁴⁶⁾. Sin embargo, como apunta el mismo Lafuente Batanero, más allá de la configuración jurídica, hay pocos casos de devolución de bienes ilícitamente exportados por lo que pocas veces el Consejo tiene que emitir informe⁽⁴⁷⁾.

C) En relación al cumplimiento de los compromisos internacionales contraídos por España: el Consejo informa sobre las medidas a adoptar para asegurar la necesaria colaboración en orden al cumplimiento de tales compromisos. La dicción de este artículo 3.d) no es muy

(43) De manera un tanto forzada, un autor caracterizó estas actuaciones relativas a los Planes conforme a tres fines: social, para el acceso de los ciudadanos al Patrimonio; administrativo, para fomentar la comunicación entre servicios administrativos diferentes; y cultural (el desarrollo de la investigación [Félix BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN: *El Patrimonio Cultural español (aspectos jurídicos, administrativos y fiscales)* cit., p. 46].

(44) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., pp. 43-45.

(45) José Luis ÁLVAREZ ÁLVAREZ: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 413. Considera acertada esta atribución Concepción BARRERO RODRÍGUEZ: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Ed. Civitas - Instituto García Oviedo, Madrid, 1990, p. 628.

(46) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., pp. 30 y 46-47.

(47) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., pp. 46-47.

afortunada porque falta el sujeto de la colaboración que se deduce son las Comunidades Autónomas [artículo 2.d)]. Pero lo cierto es que bajo una dicción poco afortunada ésta es una de las funciones a la que el Consejo dedica más tiempo porque, en cumplimiento, por ejemplo, de la Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de 1972⁽⁴⁸⁾ o de la más reciente Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de 2003, el Consejo selecciona los bienes que España propone para integrar la Lista del Patrimonio Mundial o la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial, para lo que existe incluso una Comisión.⁽⁴⁹⁾

D) *En relación a la elaboración del Censo de los Bienes Integrantes del Patrimonio Documental y del Catálogo Colectivo de los Bienes Integrantes del Patrimonio Bibliográfico:* el Consejo es oído en el diseño de los modelos de descripción y formulación de instrucciones técnicas de recogida, tratamiento y remisión de informaciones (artículo 38). Es una función de configuración reglamentaria que incide sobre una competencia concurrente en donde el Consejo puede ejercer funciones coordinadoras⁽⁵⁰⁾.

E) *En relación a la posición del Consejo como órgano consultivo:* como hemos visto, cada vez que la LPPH o sus Reglamentos de desarrollo prevén la consulta a un órgano consultivo⁽⁵¹⁾, la Administración competente puede solicitar informe al Consejo.

F) *En relación a la Junta Superior de Museos:* como vimos más arriba, el Consejo propone cinco Directores de Museos de titularidad estatal gestionados por las Comunidades Autónomas como estableció la Orden del Ministro de Cultura de 12 de junio de 1987.

G) *En relación a otras funciones innominadas:* el Consejo emite informes que el Presidente del órgano le someta a consulta [artículo 2.f)]. También desempeña cualquier otra función que le atribuya alguna disposición legal o reglamentaria [artículo 2.g)]. Estas dos funciones parecen uno de tantos «cajones de sastre» que contienen las normas organizativas pero tienen alguna importancia porque contribuyen a perfilar la naturaleza jurídica del Consejo. En primer lugar, interpretando *a contrario sensu* el artículo 3.f) *in fine* («... someta a su consulta») se puede desprender, como veremos más abajo que algunas de las actuaciones del Consejo van más allá de lo consultivo. En segundo lugar, del artículo 3.g) *in fine* («... se le atribuya por alguna disposición legal o reglamentaria») se deduce que las funciones del Consejo están deslegalizadas... por medio de un Reglamento.

En conjunto, de las atribuciones y funciones del Consejo se desprende que estamos ante un órgano cuyas funciones expresas dejan traslucir otras funciones latentes que no son otras que contribuir con instrumentos jurídicamente indeterminados a la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el campo del Patrimonio Histórico. Este órgano está al servicio del artículo 149.2 de la Constitución porque este precepto consti-

(48) Sobre las obligaciones que el Estado español ha de cumplir en ejecución de la Convención de 1972, Javier GARCÍA FERNÁNDEZ: «Consecuencias jurídicas en España de la declaración de bienes culturales como Patrimonio Mundial», *Patrimonio Cultural de España*, núm. 2, 2009, págs. 91-130.

(49) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., pp. 46-47.

(50) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., p. 48.

(51) Emitir informe favorable a la declaración de Bien de Interés Cultural (artículos 9.2 de la LPHE y 13.3 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero), etc.

tucional configura la comunicación cultural como un mandato del Estado. La LPHE ha creado el Consejo como una de las sedes que han de facilitar esa comunicación y esa es su característica más relevante y por ello llama la atención que los escasos comentaristas no se hayan detenido en esta dimensión orgánica de la comunicación cultural *a fortiori* cuando es un ejemplo práctico de como una competencia mixta o compartida se personifica en un órgano para asegurar su ejercicio⁽⁵²⁾.

6. *Funcionamiento y régimen jurídico.* El artículo 6 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, está dedicado al funcionamiento del Consejo. Prevé que funcionará en Pleno y en Comisiones, las cuáles sólo tendrán funciones preparatorias de los asuntos sometidos a decisión del Pleno, sin facultades decisorias. El Pleno se reúne en sesión ordinaria una vez al semestre y en sesión extraordinaria cuando lo decide su Presidente o lo solicite la mitad más uno de sus miembros. En la práctica se ha consolidado la costumbre de dos reuniones ordinarias y otras dos extraordinarias y una de las sesiones se dedica a seleccionar las candidaturas a proponer al Comité del Patrimonio Mundial para integrar la Lista del Patrimonio Mundial o al Comité Intergubernamental para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial para integrar la Lista representativa de dicho Patrimonio⁽⁵³⁾, a lo que ya nos hemos referido más arriba al hablar de las funciones del Consejo.

Dicho artículo 6 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, como vemos, prevé que el Consejo funcione en Comisiones pero no especifica cuáles son, lo que es lógico porque de lo contrario el Consejo de Ministros estaría invadiendo las atribuciones del propio Consejo, ni tampoco aclara quien puede crear las Comisiones, si el Pleno o el Presidente. Sin embargo, la expresión «también» que utiliza el apartado 4 del mismo artículo 6 para referirse a la facultad del Consejo para llamar a expertos y crear Comités de Expertos hace pensar que la creación de Comisiones corresponde al Consejo en pleno⁽⁵⁴⁾.

En el citado trabajo de Lafuente Batanero, publicado en 1998, se señalaba que entonces estaban en funcionamiento cuatro Comisiones (Patrimonio de la Humanidad, Relaciones con la Iglesia, Reforma Legislativa y contra el Expolio) atribuyéndose la presidencia y la secretaría tanto a la Administración General del Estado como a las Comunidades Autónomas. De esta manera se consiguen dos objetivos: que no sean muy numerosas y que tengan una actuación ágil⁽⁵⁵⁾.

Además de funcionar en Pleno y en Comisiones, el Consejo cuenta con un Secretario que es su órgano unipersonal de apoyo administrativo y que ha de preparar bajo la dirección del Presidente el orden del día de las reuniones y convocarlas, además de redactar

(52) Rafael ENTRENA CUESTA: «Artículo 149», en la obra col. *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, 2.ª ed. (hay eds. posteriores), pp. 2266-2267; y José Antonio ALONSO DE ANTONIO: «Artículo 149.1.1.ª, 4.ª, 5.ª, 7.ª, 10.ª a 32.ª, 2 y 3», en Oscar ALZAGA VILLAAMIL (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales — EDESA, Madrid, 1999, t. XI, pp. 287-290.

(53) Véase Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., pp. 39-43, para la práctica de funcionamiento del Pleno y el número de reuniones hasta 1998.

(54) Sin aportar mayores razonamientos, también lo cree así Félix BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN: *El Patrimonio Cultural español (aspectos jurídicos, administrativos y fiscales)* cit., p. 49.

(55) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., pp. 37-39.

las actas y las certificaciones. El Consejo también convocar a expertos y crear Comités de Expertos⁽⁵⁶⁾.

El funcionamiento y régimen de acuerdos se ha de ajustar a lo establecido por el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es decir, en lo que se refiere a las atribuciones del Presidente, miembros y Secretario del Consejo, convocatorias, régimen de las sesiones y actas de las sesiones⁽⁵⁷⁾. El segundo párrafo del artículo 6.6 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, contiene una regla de especial importancia: los acuerdos referentes a la elaboración y aprobación de los Planes Nacionales de Información, a las medidas de colaboración dirigidas al cumplimiento de los compromisos internacionales y al destino de los bienes recuperados sólo se considerarán válidamente adoptados si el Presidente del Consejo vota con la mayoría. La causa de esta excepción al principio de la mayoría es explicable: se trata de materias que se residen en las competencias exclusivas del Estado por lo que no sería adecuado que sólo con los votos autonómicos se adoptaran ciertos acuerdos que vinculan a la Administración General del Estado⁽⁵⁸⁾. En estos tres supuestos, la colegialidad del Consejo se desliza hacia lo que González Pérez y González Navarro, siguiendo a Álvaro d'Ors, denominan colegialidad basada en la potestad, que es aquella en la que no se pueden adoptar decisiones contra la voluntad del jefe, de aquel que ha de ejecutarlas⁽⁵⁹⁾.

Con todo, como señala Lafuente Batanero, en la práctica el Consejo (al menos hasta 1998) adopta sus decisiones por asentimiento, sin votaciones⁽⁶⁰⁾.

Otro tema que se plantea, recientemente estudiado en algunos trabajos doctrinales, es si cabe la posibilidad de que el Consejo se pueda constituir y adoptar acuerdos por medios electrónicos, como contempla la disposición adicional primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios

(56) Esta posibilidad de constituir Comisiones de Expertos se limitó posteriormente a las Conferencias Sectoriales por el artículo 5.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(57) Sobre esos preceptos, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)* cit., t. I, pp. 789-827; Juan Carlos CALVO CORBELLA: «Capítulo II. Órganos colegiados (Artículos 22 a 27)» cit., pp.65-87; y Ramón Parada: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 117-128.

(58) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., p. 42. Por eso Piedad GARCÍA-ESCUADERO y Benigno PENDÁS GARCÍA (*El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español* cit., p. 99) consideran que esta exigencia de voto favorable a la mayoría del Presidente es, junto a la propia atribución de la Presidencia del órgano a la Administración General del Estado, la manera cómo se ejercita en el Consejo la prevalencia del interés general que corresponde al Estado.

(59) Jesús González PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)* cit., t. I, pp. 790-791. La cita de Álvaro D'ORS es de su trabajo «En torno a las raíces romanas de la colegialidad» (1964), varias veces publicado y que apareció por última vez en sus *Ensayos de teoría política*, Eunsa, Pamplona, 1999, pp.95-109.

(60) Luis LAFUENTE BATANERO: «El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., p. 42.

Órgano cuyas funciones expresas dejan translucir otras funciones latentes que no son otras que contribuir con instrumentos jurídicamente indeterminados a la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el campo del Patrimonio Histórico.

Públicos⁽⁶¹⁾. La problemática de este tipo de reuniones, recientemente desarrollada por la doctrina⁽⁶²⁾, suscita cuestiones que están abiertas, como el carácter plenamente electrónico o mixto (presencial/electrónico) de la sesión, la forma y el momento de adoptar el procedimiento electrónico y el régimen de las intervenciones de los miembros. La conclusión a la que se debe llegar es doble. Por una parte, en virtud de la potestad de auto-organización de que disfruta el Consejo, es posible prever el soporte electrónico si así se acuerda. En segundo lugar, dada la función de cooperación material, y no meramente jurídico, parece adecuado restringir este tipo de soporte a casos de absoluta necesidad en que el Consejo deba reunirse ineludiblemente.

También ha suscitado recientemente la doctrina⁽⁶³⁾ la cuestión de la legitimación de los miembros del Consejo para interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos del propio Consejo. El artículo 20.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es taxativo porque prohíbe interponer recurso contencioso-administrativo a los miembros de los órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente y a este argumento procesal (bastante debilitado por la jurisprudencia ordinaria y constitucional)⁽⁶⁴⁾ debe agregarse otro y es que los miembros del Consejo representan a sus respectivas Administraciones por lo que cabe pensar que en caso de discrepancia de una de las Administraciones representadas frente a un acuerdo del Consejo, parece que debería ser la Administración presentada la que acudiera a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y ello incluso en el supuesto de una discrepancia sobre temas de procedimiento pues la hipotética lesión que puede sufrir un miembro del Consejo es, en realidad, una lesión a la Administración autonómica a la que representa.

V. CONCLUSIÓN

Las sesiones del Consejo del Patrimonio Histórico no son objeto de especial difusión. Ni se publican sus actas ni el Ministerio al que está

(61) Esta disposición adicional primera contempla expresamente los trámites esenciales de los artículos 26 (convocatorias, sesiones, adopción de acuerdos) y 27.1 (contenido de las actas) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

(62) Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ: «Los órganos colegiados en el momento presente», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 150, abril-junio 2011, pp. 309-329.

(63) Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ: «Los órganos colegiados en el momento presente» cit., págs. 325-329.

(64) Que responde además a una opción de política jurídica más que a exigencias dogmáticas, como apunta Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *La ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 2010, p. 255.

adscrito suele difundir comunicados tras sus reuniones⁽⁶⁵⁾. No obstante, como se puede ver a lo largo de estas páginas, el Consejo es un órgano de excepcional importancia para asegurar la cooperación Estado/Comunidades Autónomas en el campo del Patrimonio Histórico. Y por ser un buen instrumento orgánico de cooperación es también un buen instrumento de promoción y de protección del Patrimonio Histórico de España. Probablemente, sea uno de las materias mejor reguladas de la LPHE. Además, al margen de su naturaleza normativa, es un hecho cierto que su funcionamiento práctico también es un ejemplo de cooperación sincera, sin alharacas y sin especial publicidad, pero con resultados notables.

Surge así una reflexión que complementa el análisis jurídico. En los niveles orgánicos más elevados de la cooperación (Conferencia de Presidentes, Conferencias Sectoriales) la inevitable politicidad del elevado rango de sus participantes provoca un exceso de conflicto y mucha publicidad. En cambio, el nivel directivo medio del Consejo incita a la colaboración y al entendimiento por lo que quizá habría que fomentar los niveles políticos intermedios y con escasa publicidad, donde es más fácil el acuerdo.

(65) Luis LAFUENTE BATANERO («El Consejo del Patrimonio Histórico» cit., pp. 49-53) describe las actuaciones del Consejo hasta 1998.

EL DERECHO A NO SER SOMETIDO A DOBLE PROCESAMIENTO: DISCREPANCIAS SOBRE EL *BIS IN IDEM* EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

RAFAEL ALCÁ CER GUIRAO

Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

El derecho a no ser sometido a doble procesamiento: discrepancias sobre el *bis in idem* en el tribunal europeo de derechos humanos y en el tribunal constitucional

La doctrina constitucional sobre el *bis in idem*, inalterada desde la STC 2/2003, de 16 de enero, establece un contenido y alcance del derecho fundamental distinto al que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado a partir de la exégesis del artículo 4 del Protocolo 7 al Convenio europeo de derechos Humanos. La reciente ratificación por España de dicho Protocolo, unido al mandato constitucional del artículo 10.2 CE, debe llevar al Tribunal Constitucional a modificar su concepción, introduciendo la prohibición de doble procesamiento como núcleo del derecho fundamental. En el presente trabajo, después de exponer tales discrepancias, se analizan las consecuencias que pueden derivarse de esa modificación en el sistema sancionatorio español.

Palabras clave: *Non bis in idem*, prohibición de doble procesamiento, derecho fundamental, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, prevalencia de la jurisdicción penal.

ABSTRACT

Right not to be subjected to double jeopardy: discrepancies on *bis in idem* in the European Court of Human Rights and the Constitutional Court

The doctrine on *bis in idem* of the Constitutional Court, unchanged since STC 2/2003 of January 16th, provides a content and scope of the fundamental right different from the doctrine developed by the European Court of Human Rights in the interpretation of article 4 of 7th Protocol to the European Human Rights Convention. The recent ratification of such Protocol by Spain, together with the constitutional mandate of article 10(2) CE, should lead the Constitutional Court to redesign the content of the right, introducing the ban on dual processing (double jeopardy) as the core of the fundamental right. This paper, after exposing such discrepancies, analyzes the consequences which can arise from such a modification in the spanish punitive system.

Key words: *Non bis in idem*, double jeopardy, fundamental right, European Court of Human Rights, prevalence of criminal jurisdiction.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: EL *BIS IN IDEM* PROCESAL.
 1. Respecto del «*idem*»: identidad fáctica.
 2. Alcance de la prohibición del «*bis*»: ¿limitado a doble sanción penal o también a sanción administrativa?
 3. Prohibición de doble procesamiento.

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

IV. DISCREPANCIAS ENTRE EL TEDH Y EL TC.

V. MÁS ALLÁ DE ESTRASBURGO: CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.

VI. LA PROHIBICIÓN DE DOBLE PROCESAMIENTO: CONSECUENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.

1. **Presupuestos: la identidad fáctica —hechos y sujeto— como único requisito de la prohibición de doble procesamiento.**

2. **Consecuencias de la vulneración del doble procesamiento. Algunas reflexiones.**

2.1. Sobre la regla de prevalencia de la jurisdicción penal.

2.2. Sobre la inconstitucionalidad de la normativa administrativa que permite la continuación del procedimiento sancionador.

VII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La expansión del Derecho penal hacia ámbitos sectoriales y a partir de formas de tipificación propias del Derecho administrativo⁽¹⁾ conlleva el creciente solapamiento de tipos penales y administrativo-sancionadores, dirigidos ambos a la protección del mismo interés y a partir de una muy semejante descripción de la conducta prohibida. Junto a las dudas de proporcionalidad que ello genera sobre los tipos penales⁽²⁾, al reconducir al ámbito penal conductas cuya gravedad puede ser abarcada por sanciones administrativas e infringir, con ello, el principio de intervención mínima⁽³⁾, la citada semejanza aboca también a la potencial proliferación de supuestos de *bis in idem*, por lo general cuando tras una primera sanción administrativa firme —decidida tras la infracción del deber de paralizar el

(1) Sobre la «administrativización» del Derecho penal como expresión más conspicua de esa denunciada expansión, cfr. por todos SILVA SÁNCHEZ, 1999, pp. 97 ss.

(2) El Tribunal Constitucional se ha enfrentado a esas dudas, de modo explícito o implícito, en relación con normas penales construidas a partir de la técnica de la remisión normativa a normas administrativas. Así, por ejemplo, en la STC 24/2004, de 24 de febrero, con relación al delito de tenencia ilícita de armas; o en la STC 101/2012, de 8 de mayo, sobre el delito de caza y pesca no autorizada. En ambos casos, pese a que la cuestión planteada giraba en torno a la vertiente formal del derecho a la legalidad —garantía de reserva de ley—, el reproche constitucional se sostenía sobre las dudas de lesividad material y la enorme amplitud de los tipos penales, al carecer de referentes de lesividad que permitieran delimitar un injusto penal cualificado frente a la sanción administrativa. Sobre ello, puede verse ALCÁCER, 2012, *passim*.

(3) Cfr. PÉREZ MANZANO, 2002, pp. 22 ss.: «La concepción de una infracción administrativa absolutamente idéntica a una infracción penal conduce a una imagen de legislador poco racional que, o bien ha lesionado el principio de intervención mínima (puesto que si la sanción administrativa es suficiente carece de sentido la intervención penal), o bien una de las sanciones no guarda proporción con el contenido de injusto de la infracción (ya que la misma sanción no puede resultar proporcionadamente sancionada con dos sanciones de distinta naturaleza y gravedad)». Cfr. también las atinadas consideraciones de PUERTA/BELTRÁN, 2004, pp. 388 ss.

procedimiento administrativo ante la existencia de indicios delictivos— se incoa un procedimiento penal por los mismos o semejantes hechos⁽⁴⁾. Ello puede acontecer en ámbitos tan dispares como la conducción en el tráfico rodado, la protección del medio ambiente o las infracciones fiscales, y puede adoptar diversa estructura en lo tocante a la relación cronológica de actuación de la Administración y la justicia penal. Así, por ejemplo, en el supuesto resuelto por la STC 177/1999, de 11 de octubre, la Administración comunicó los hechos al Ministerio Fiscal una vez que ya había impuesto la sanción administrativa, que devino firme; en el enjuiciado por la STC 152/2011, de 2 de julio, ambos procedimientos, el administrativo y el penal, se sustanciaron simultáneamente; y en el de la STC 2/2003, de 16 de enero, el inicio del proceso penal es anterior a la incoación del procedimiento administrativo sancionador⁽⁵⁾.

Como es sabido, el principio *non bis in idem* engloba dos reglas distintas, sostenidas además en diversos fundamentos. De una parte, el denominado *bis in idem material* prohíbe sancionar dos veces — ya en uno, ya en varios procesos— por unos mismos hechos, a un mismo sujeto y con idéntico fundamento, estando fundado en un principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, que exige que la sanción se acomode a la gravedad de la conducta. El TC ha venido incluyendo esta vertiente del principio bajo el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), y ha entendido que, siendo su fundamento la proporcionalidad, no concurrirá un *bis in idem* cuando la sanción impuesta en el primer procedimiento sea compensada en el *quantum* de la sanción impuesta en el segundo. De otra parte, la garantía incluye también la proscripción del *bis in idem procesal*⁽⁶⁾, que prohíbe que unos mismos hechos imputados a un mismo sujeto den lugar a un doble enjuiciamiento, con independencia de si el primer proceso dio lugar a la condena o a la absolución. Esta segunda vertiente está fundada, desde la doctrina del TC, en el derecho a la tutela judicial efectiva y el respeto a la eficacia de la cosa juzgada propia de las resoluciones judiciales que han adquirido firmeza⁽⁷⁾.

Desde la concepción desarrollada por el TC —especialmente, a partir de la STC 2/2003, de 16 de enero—, se reconoce el derecho a no sufrir un doble procedimiento, si bien su vigencia alcanzará únicamente a la dualidad de procesos penales; en los

(4) De un «permanente estado de peligro en el que se encuentra el derecho fundamental a no padecer *bis in idem*» habla PÉREZ MANZANO, 2003, p. 1 (cursivas añadidas).

(5) Tales diferencias son resaltadas por ALONSO MAS, 2005, pp. 12 ss.

(6) Existe al respecto cierta confusión terminológica. El TC, así como algunos autores, denomina como «procesal» a la regla de prevalencia de la jurisdicción penal, que considera como una vertiente del *bis in idem*. Sin perjuicio de que, como luego diré, considero que ello no forma parte del contenido del derecho, para evitar confusiones sería procedente referirse a la vertiente «formal» o «procedimental» del *bis in idem* para designar esa regla, reservando la noción de *bis in idem* «procesal» para la prohibición constitucional de doble enjuiciamiento (cfr., por ejemplo, ALARCÓN, 2008, pp. 103 ss. y 175 ss.).

(7) Con carácter general, y en concreto sobre las razones por las que se considera preferible distinguir ambas vertientes del principio, cfr. PÉREZ MANZANO, 2002, pp. 25 ss. y 56 ss., respectivamente. Sobre ambas vertientes del principio puede verse también, ampliamente, ALARCÓN, 2008, pp. 29 ss., y 99 ss. Cfr. también la exposición de ambas vertientes en la STC 188/2005, de 7 de julio, FJ 2. Como después veremos, cuestión distinta — puesto que no forma parte de las garantías del derecho fundamental, sino que es un instrumento para prevenir su lesión— es la regla de prevalencia de la jurisdicción, y la consiguiente regla de subordinación de la Administración, que a veces suele identificarse con la vertiente «formal» o «procedimental» (aunque, fomentando la confusión, también se denomine «procesal») del *bis in idem*—.

supuestos de concurrencia de procedimiento administrativo y penal (o viceversa), regirá únicamente la prohibición de doble sanción, que se salvaguardará con la citada técnica de la compensación, pero no la de doble enjuiciamiento, puesto que la sanción administrativa no tendrá fuerza de cosa juzgada.

A diferencia del TC, el Tribunal de Estrasburgo parte de la prioridad de la prohibición de doble enjuiciamiento, que extiende sus efectos —con carácter general— a los supuestos de previa sanción administrativa.

Sin embargo, tal como quiero mostrar a continuación, esa concepción no se corresponde con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En efecto, a diferencia del TC, el Tribunal de Estrasburgo parte de la prioridad de *la prohibición de doble enjuiciamiento*, que extiende sus efectos —con carácter general— a los supuestos de previa sanción administrativa, y desde la que, por tanto, se rechaza la técnica de la compensación como instrumento para evitar la lesión del derecho fundamental⁽⁸⁾. A tal fin, expondré en primer lugar las coordenadas esenciales de la jurisprudencia del TEDH a partir de los pronunciamientos más representativos, para después enfrentarla con la doctrina de nuestro TC. El contraste entre ambas concepciones mostrará que sus diferencias no son tanto de fondo como de grado, si bien en la práctica llegan a resultados frontalmente opuestos; razón que habría de llevar al Alto Tribunal español a replantearse su doctrina.

A este respecto, lo cierto es que las divergencias con la jurisprudencia de Estrasburgo no han surgido recientemente; por el contrario, fueron ya puestas de manifiesto —aunque no asumidas— por la misma STC 2/2003. Son dos razones las que, pese a ello, mantienen la vigencia de la cuestión: de una parte, el hecho de que en los últimos años Estrasburgo haya actualizado su concepción con importantes pronunciamientos, tales como, en particular, la STEDH de la Gran Sala de 10 de febrero de 2009 dictada en el asunto *Zolotoukhine c. Rusia*⁽⁹⁾; de otra, la reciente ratificación por España del Protocolo 7 (P7) al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁽¹⁰⁾, cuyo artículo 4 recoge la prohibición de *bis in idem*⁽¹¹⁾.

(8) La difícil conciliación de la doctrina constitucional con la jurisprudencia del TEDH es puesta de manifiesto, entre otros, por GIMENO SENDRA, 2006, p. 862 ss.; RUIZ ZAPATERO, 2009; CARPIO, 2010, pp. 1 ss.; o MARTÍNEZ MUÑOZ, 2011, pp. 107 ss.

(9) De la relevancia de dicha sentencia para el tema que nos ocupa da cuenta CARPIO, 2010, pp. 3 ss.

(10) Mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 15 de octubre de 2009, con fecha de entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

(11) El citado precepto dispone lo siguiente:

«1. Nadie podrá ser inculpado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, si hechos nuevos o nuevas revelaciones o un vicio esencial en el proceso anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.

3. No se autorizará derogación alguna del presente artículo invocando el artículo 15 del Convenio».

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH: EL *BIS IN IDEM* PROCESAL

La jurisprudencia del TEDH ha sufrido importantes modificaciones en los últimos años. El punto de inflexión lo constituye, como ha sido anticipado, la sentencia dictada por la Gran Sala el 10 de febrero de 2009 en el asunto *Zolotoukhine c. Rusia*, en la que, junto a una concreta armonización de la doctrina referida a los términos de la identidad exigible, se compendia la jurisprudencia de los últimos años del Tribunal europeo. Los aspectos más relevantes de la misma son los siguientes.

1. Respetto del «idem»: identidad fáctica

Es en este aspecto, el relativo a la fijación de la identidad, en el que el asunto *Zolotoukhine* introduce la modificación más relevante. El artículo 4 P7 garantiza que nadie pueda ser perseguido o castigado por una *infracción* de la que ya hubiera sido condenado o absuelto. Hasta la citada sentencia, el TEDH había oscilado entre diferentes criterios a la hora de concretar la identidad de las «infracciones». En algunos pronunciamientos había adoptado una perspectiva fáctica, trazando la identidad a partir del comportamiento realizado, y concluyendo, por ejemplo, que una sanción administrativa por conducción bajo los efectos del alcohol y una condena penal posterior por homicidio imprudente causado por una conducción bajo influencia de alcohol infringía la prohibición de *bis in idem* al estar ante el mismo comportamiento, aun cuando la denominación y finalidad de ambas infracciones era distinta⁽¹²⁾. En otras ocasiones había optado por una perspectiva estrictamente jurídica, desde la que dos delitos en relación de concurso ideal —cometidos por una sola acción— podían ser enjuiciados en dos procedimientos distintos sin vulneración del *bis in idem*⁽¹³⁾. Y en otras, había optado por una versión matizada de la anterior, atendiendo a los «elementos esenciales» de las infracciones para fijar la identidad. Así, por ejemplo, concluyó el Tribunal que la infracción administrativa de conducir bajo los efectos del alcohol y la de homicidio por imprudencia causado en estado de embriaguez, si bien eran infracciones distintas, tenían los mismos elementos esenciales, por lo que existía violación del artículo 4 P7⁽¹⁴⁾.

En *Zolotoukhine*, el TEDH reconoce que la multiplicidad de enfoques adoptados es fuente de inseguridad jurídica, por lo que procede a armonizar su posición, acogiendo una concepción fáctica de la identidad. Rechaza el enfoque basado en la calificación jurídica porque «es demasiado restrictivo de los derechos de la persona»; afirma al respecto que «si el Tribunal se ciñe a la constatación de que el interesado ha sido perseguido por dos infracciones que tienen una calificación jurídica diferente, se arriesga a debilitar la garantía consagrada por el artículo 4 del Protocolo n.º 7» (§ 80). En consecuencia, asume que el término «infracción» debe entenderse en sentido fáctico, de modo que lo que prohíbe es «perseguir o juzgar a una persona por una segunda ‘infracción’ siempre que tenga por origen hechos idénticos o hechos que sean en sustancia los mismos» (§ 81); «hechos que constituyen un conjunto de circunstancias fácticas concretas que implican al mismo infractor

(12) Así, por ejemplo, en *Gradinger c. Alemania*, STEDH de 23 de octubre de 1995.

(13) *Oliveira c. Suiza*, STEDH de 30 de julio de 1998.

(14) *Fischer c. Austria*, STEDH de 29 de mayo de 2001 (más referencias sobre tales oscilaciones, en *Zolotoukhine*, §71 ss.).

e indisolublemente unidas entre ellas en el tiempo y el espacio, debiendo ser demostrada la existencia de estas circunstancias para que pueda ser pronunciada una condena o que se puedan incoar acciones penales» (§ 83).

En lo que atañe a su correspondencia con la doctrina del TC, ese giro jurisprudencial plantea dudas acerca de la relevancia de la *identidad de fundamento* de la sanción como uno de los requisitos para afirmar un *idem* (junto con la identidad de sujetos y de hechos), en la medida en que el TEDH deja de atender al título de imputación como criterio esencial, optando en su lugar por una identidad exclusivamente fáctica. En realidad, como después pondré de manifiesto, lo determinante será que el TEDH otorga mayor relevancia a esta faceta del *bis in idem* que la doctrina del TC —o al menos le otorga un mayor ámbito de aplicación—, y que a partir de *Zolotoukhine* el TEDH situará en la identidad de *hechos*, y no en la de su calificación jurídica, la proscripción de *doble procesamiento*. Ello se refleja en su contraste con el asunto *Oliveira*: en esta decisión el TEDH había considerado acorde al art. 4 P 7 que un mismo hecho —un accidente de circulación que produjo lesiones— fuera enjuiciado y sancionado en dos procesos distintos: primero en un procedimiento administrativo por conducción contraria a las reglas de cuidado y después, penalmente, por lesiones causadas por imprudencia, considerando que, al estar ambos delitos en relación de concurso ideal (es decir, que la conducta realizada era subsumible en dos o más infracciones), nada impedía su doble enjuiciamiento. En *Zolotoukhine*, el TEDH rechaza esa concepción, concluyendo que lo que el *bis in idem* proscribía es ser juzgado dos veces por los *mismos hechos*; de modo que no habría obstáculo alguno en que al señor Oliveira se le hubieran impuesto las dos infracciones en un solo procedimiento, pero vulnera su derecho que sea juzgado dos veces por el mismo comportamiento (§§ 71 ss.).

2. Alcance de la prohibición del «bis»: ¿limitado a doble sanción penal o también a sanción administrativa?

La literalidad del artículo 4 P7 restringe la prohibición de *bis in idem* a la duplicidad de procedimientos y sanciones *penales*, por lo que, en principio, una previa sanción administrativa no habría de conllevar la preclusión de un segundo enjuiciamiento penal sobre los mismos hechos. No obstante, el TEDH ha venido adoptando una *interpretación material* de esa exigencia, considerando que determinadas sanciones o procedimientos administrativos deben ser asumidos como «materialmente» penales y, con ello, ampliando el ámbito de aplicación del artículo 4 tanto a supuestos de sucesión de procedimientos administrativos y penales como a, inversamente, supuestos de sucesión de procedimientos penales y administrativos.

A tal fin, parte de entender que la calificación como «administrativa» del procedimiento o la sanción por la legislación o jurisprudencia de cada Estado no es lo determinante; por el contrario, la decisión de si el procedimiento en cuestión es administrativo o penal dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, que habrán de ser analizadas con arreglo a los llamados «criterios Engel»⁽¹⁵⁾. En *Zolotoukhine*, tales criterios son enunciados en los siguientes términos:

(15) Fijados por primera vez en *Engel y otros c. Países Bajos*, STEDH de 8 de junio de 1976.

«el primero es la calificación jurídica de la infracción en derecho interno, el segundo la misma naturaleza de la infracción y el tercero el grado de severidad de la sanción que se puede imponer al interesado. El segundo y tercer criterio son alternativos y no necesariamente acumulativos. Ello no impide la adopción de un enfoque acumulativo si el análisis separado de cada criterio no permite desembocar en una conclusión clara respecto a la existencia de una acusación en materia penal» (§ 52). La gravedad de la sanción se determinará en atención a la pena máxima prevista por las disposiciones penales aplicables (§ 55). Además, advierte el TEDH que «la referencia al carácter ‘menor’ de los actos no excluye su calificación ‘penal’ en el sentido autónomo del Convenio, ya que en el texto del mismo nada hace pensar que la naturaleza penal de una infracción, en el sentido de los criterios *Engel*, implique necesariamente un cierto grado de gravedad» (§ 54).

Aplicando ese estándar de enjuiciamiento, en el caso *Zolotoukhine* el TEDH concluiría que la sanción «administrativa» que con anterioridad a la sanción penal por los mismos hechos se había impuesto al recurrente tenía, materialmente, carácter «penal», dado que era privativa de libertad (con una sanción impuesta de tres días y un máximo legal de quince). Un supuesto de esas características sería inhabitual en Derecho español, en el que la propia Constitución prohíbe a la Administración civil la imposición de sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad (art. 25.3 CE)⁽¹⁶⁾. De cualquier modo, en otras resoluciones el TEDH ha venido considerando como «penales» sanciones administrativas mucho menos graves. Un vistazo a tales decisiones permitirá aproximarnos a la aplicación de los criterios *Engel*.

Así, puede citarse en primer lugar el asunto *Tomasovic c. Croacia*, STEDH de 18 de octubre de 2011, en el que el Tribunal declaró vulnerada la prohibición de *bis in idem* en un supuesto en que primero fue condenado el recurrente a una multa administrativa leve por tenencia de drogas y después fue enjuiciado penalmente por los mismos hechos ante una calificación jurídica más grave. El TEDH manifiesta que existen «ilícitos que, pese a ser considerados por la legislación nacional como demasiado leves como para ser sometidos al proceso y las leyes penales, poseen connotaciones penales» (§ 21); además —como ya vimos—, enfatiza que «nada en el Convenio sugiere que la naturaleza penal del ilícito, con arreglo a los criterios *Engel*, exija un determinado grado de gravedad» (§ 22). La sanción administrativa impuesta tenía como fin la protección de un interés propio del ámbito penal, estaba dirigida a todos los ciudadanos y no sólo a un sector sometido a estatus especial, y perseguía una función netamente penal, como es la disuasión y el castigo. Por todo ello, concluye que la sanción administrativa debía considerarse penal.

Más significativo aún de la amplitud del criterio empleado por Estrasburgo es el asunto *Ruotsalainen c. Finlandia*, STEDH de 16 de junio de 2009⁽¹⁷⁾. En ella se enjuiciaba un supuesto en el que primero se había impuesto al recurrente una sanción penal (leve) por fraude fiscal —al haber usado un combustible con menor tributación que el diesel sin haber pagado el impuesto que permitía su uso— y después, una vez firme la sanción penal, se le

(16) Aunque esa prohibición no alcanza a la Administración militar: cfr. STC 334/2005, de 20 de diciembre, que después veremos.

(17) Un comentario a la misma puede verse en RUIZ ZAPATERO, 2009. Enfatiza también su relevancia para el ámbito tributario, MARTÍNEZ MUÑOZ, 2011.

había impuesto un recargo tributario por el uso de un combustible con menor tributación sin haber informado de ello a la Administración. El TEDH consideró que tanto la primera sanción como el recargo tributario tenían carácter «penal» a los efectos de aplicación del artículo 4 P7, de lo que concluyó en la infracción del *non bis in idem*. Los argumentos del TEDH para afirmar el carácter penal del recargo parten de la aplicación al caso de los citados criterios *Engel*:

El TEDH reconoce que la multiplicidad de enfoques adoptados es fuente de inseguridad jurídica, por lo que procede a armonizar su posición, acogiendo una concepción fáctica de la identidad.

«Comenzando con el primero de los criterios Engel, es evidente que el débito de la cuota de combustible no fue clasificado como penal sino como parte del régimen fiscal. Sin embargo, esto no es decisivo. En este sentido, el Tribunal ha afirmado con anterioridad que el ámbito definido en el sistema jurídico finlandés como ‘administrativo’ abarca ciertos ilícitos que tienen una connotación penal, pero su mínima gravedad hace que no se lleven al ámbito penal (...) El segundo criterio, el de la naturaleza del delito, es el más importante. El Tribunal observa que la disposición aplicada de la Ley del Impuesto de Combustible se dirige hacia todos los ciudadanos, en lugar de hacerlo hacia un grupo en posesión de un estatus especial. El solicitante era responsable en su calidad de propietario o usuario de un vehículo con motor diesel. Por lo que respecta al argumento del Gobierno de que el recargo fue pensado como indemnización pecuniaria por daños, el Tribunal no está tan convencido de ello ante las circunstancias del presente caso. Puede muy bien ser que la cuota de combustible impuesta correspondiera a los daños causados, a saber, la pérdida de ingresos. Sin embargo, cabe señalar que la cuota de combustible recaudada fue triplicada. Desde la óptica del tribunal, esto debe ser visto como un castigo para disuadir la reincidencia, rasgo característico de las sanciones penales (...). Por lo tanto, puede concluirse que el recargo de la cuota de combustible fue impuesto en virtud de una norma cuyo propósito no era sólo compensatorio sino también disuasorio y punitivo. El Tribunal considera que este hecho determina la naturaleza penal del ilícito» (§§45, 46).

Finalmente, en similares términos se pronunció en el asunto *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n.º 2), STEDH de 14 de enero de 2010. El demandante fue sancionado administrativamente a una multa por quebrantamiento de la paz pública, y después a una sanción penal por delito de lesiones, sobre la base de los mismos hechos, consistentes en haber entrado en casa de una tercera persona forzando la puerta y haberla golpeado. El Tribunal de Estrasburgo concluye que, pese a la escasa cuantía pecuniaria de la sanción administrativa, estamos materialmente ante un ilícito de naturaleza penal: en primer lugar, porque el ilícito administrativo tiene por destinatarios a todos los ciudadanos y no a un grupo sometido a un estatus especial; en segundo lugar, porque está dirigido a la protección de la dignidad humana y el orden público, valores e intereses que normalmente reciben protección de las leyes

penales; en tercer lugar porque su finalidad esencial es la disuasión y punición. Además, recuerda que con arreglo a los criterios *Engel* la naturaleza y la gravedad de la sanción son requisitos alternativos y no cumulativos, «siendo suficiente que la sanción en cuestión sea de naturaleza penal» y sin que, por tanto, la escasa gravedad de la sanción sea un obstáculo a concluir en su carácter «penal» a efectos del artículo 4 P7 (§ 49)⁽¹⁸⁾.

3. Prohibición de doble procesamiento

Como se ha mencionado, Estrasburgo sitúa al *bis in idem* «procesal» en el núcleo del el artículo 4 P 7, de modo que ya la incoación de un procedimiento tras la realización de uno previo finalizado por resolución firme por los mismos hechos infringe el derecho. Como enfatiza el TEDH, la finalidad del precepto «es prohibir la repetición de procedimientos que ya han concluido por una decisión firme» [*Tsonyo Tsonev c. Bulgaria* (n.º 2), § 53]. De

(18) Por contraste, un ejemplo en el que TEDH consideró que no se había vulnerado el *bis in idem* por no revestir la sanción administrativa carácter «penal» es el asunto *Kurdov e Ivanov c. Bulgaria*, STEDH 31 de mayo de 2011. Los recurrentes, operarios de la empresa de ferrocarriles, con ocasión de unos trabajos de soldadura en un vagón, terminaron por generar un incendio, siendo sancionados administrativamente a una multa de 150 levs búlgaros (equivalente a menos de 4 dólares) por haber infringido las normas de seguridad contra incendios recogidas en un Decreto del Ministerio de Interior. Siendo firme la sanción, fueron después procesados por delito de incendio. El TEDH considera que la sanción no tiene naturaleza penal, en atención a los siguientes argumentos: «40. El Tribunal estima que la imposición de una multa, por poca que sea su cuantía, persigue necesariamente un objetivo disuasorio y represivo. En el presente caso, este era también el objetivo de la sanción administrativa que se impuso al demandante. Sin embargo, el Tribunal no considera que, en el presente caso, este hecho constituyera un elemento de importancia decisiva suficiente para concluir que la infracción sancionada es de carácter «penal». 41. El Tribunal señala que (...) la sanción en cuestión, iba dirigida a un sector específico de personas —los responsables de los organismos públicos y las empresas que debían adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la normativa de seguridad contra incendios (apartado 19 supra). Asimismo, el Decreto núm. 15 enumeraba las medidas concretas de seguridad contra incendios que debían tomar las empresas en el caso muy específico de trabajos con fuego, tales como las soldaduras que, por su propia naturaleza, se caracterizan por un elevado riesgo de incendio (...) 42. Cabe recordar que, en el momento de los hechos, el señor Kurdov era el responsable del mantenimiento y la reparación de los vagones en la estación de Razdelna. En calidad de tal, ordenó a su subordinado, el señor Ivanov, proceder a los trabajos de soldadura sin haber tomado las precauciones necesarias que le imponía la normativa específica en la materia. El Tribunal señala que son elementos típicos de una infracción de orden disciplinario y no penal. 43. En relación con la naturaleza de los intereses protegidos, el Tribunal señala que las normas de seguridad contra incendios tienen por finalidad prevenir y limitar la propagación de los incendios que pueden causar daños materiales y lesiones corporales, incluso la muerte de personas. Ciertamente es que, en algunos supuestos, la protección del interés consistente en prevenir la propagación de incendios puede tomar la forma de actuaciones penales, por ejemplo en caso de incendio voluntario o incluso en caso de incendio que ha causado la muerte de una persona. Sin embargo, para el Tribunal, el incumplimiento de las normas de seguridad contra incendios no pertenece, en todos los supuestos, al ámbito del Derecho penal. Tal comportamiento puede incurrir igualmente en sanciones de carácter disciplinario o administrativo, incluso en la responsabilidad civil de las personas implicadas. 44. En lo que se refiere al tercero de los ‘criterios Engel’, la severidad de la sanción en que se incurre, el Tribunal señala que la Ley de Seguridad en materia de Incendios preveía un solo tipo de sanción, la multa de 5 a 200 BGL (...). Si bien es cierto que la multa es un tipo de pena utilizado también en muchos países en el marco de las actuaciones penales, la sanción penal por excelencia es la privación de libertad (...). Cabe constatar que tal sanción no podía imponerse al demandante en el procedimiento administrativo incoado contra él. Cabe señalar igualmente que, a la sazón, incluso la cuantía máxima de la multa, con arreglo a la Ley de Seguridad en materia de Incendios, no excedía el equivalente a 3,07 dólares americanos (apartado 22 supra) y que el impago de la misma no implicaba la mutación de la sanción impuesta por la de privación de libertad (apartado 21 in fine supra). Por tanto, el Tribunal estima que la severidad de la sanción en que incurría el interesado no confería al procedimiento seguido en el presente caso el carácter penal necesario para aplicar la norma *bis in idem*».

ello se derivan, al menos, dos consecuencias. La primera es que resulta irrelevante que el primer procedimiento haya desembocado en una condena o en una absolución: «la garantía consagrada en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 entra en juego cuando se inician nuevas acciones y la decisión anterior de absolución o condena ha adquirido firmeza» (*Zolotoukhine*, § 82). La segunda es que, por la misma razón, resulta irrelevante si el segundo procedimiento desemboca en una absolución, en una condena o en un sobreseimiento. En definitiva, puede concluirse que para el TEDH el núcleo de lo prohibido por el art. 4 P 7 es el *bis in idem* procesal, siendo el propio procesamiento, antes que la imposición de la sanción, lo que resulta lesivo del derecho.

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ya anticipé que, si bien no puede hablarse de una manifiesta contradicción entre la jurisprudencia del TEDH y la doctrina del TC, sí cabe afirmar un distinto alcance en la interpretación y aplicación del *bis in idem*. En particular, la diferencia esencial estriba en que la doctrina constitucional vigente no reconoce virtualidad práctica a la prohibición del doble enjuiciamiento por unos mismos hechos. Como es sabido, el *status quo* doctrinal en esta materia viene dado por la STC 2/2003, de 16 de octubre, dictada por el Pleno. Lo llamativo de dicha sentencia, en lo que atañe a las diferencias con Estrasburgo es que, si bien en ella se recogió la jurisprudencia del TEDH y se puso de manifiesto el alcance que esta se otorgaba al *bis in idem* procesal, vino a rechazar la armonización de la doctrina constitucional con el estándar del Tribunal europeo.

Con dicha sentencia el TC modificó el planteamiento previamente establecido en la STC 177/1999, de 11 de octubre, en la que se había considerado —de modo más acorde, en sus resultados, a Estrasburgo— que la duplicidad de sanciones en el orden administrativo y penal concurriendo la triple identidad era constitutiva siempre de *bis in idem*, con independencia de que la sanción administrativa hubiera sido descontada de la penal a efectos de evitar la desproporción punitiva. Al recurrente, en su condición de consejero delegado de una empresa, se le había impuesto una sanción administrativa por vertidos contaminantes en un río, tras de lo que fue sometido a juicio por los mismos hechos y condenado por delito medioambiental, descontándose de la pena impuesta la cuantía de la multa administrativa ya abonada. El Ministerio Fiscal ante el TC propugnaba la desestimación del amparo, por entender que el *bis in idem* habría de imputarse únicamente a la Administración sancionadora, al no haber respetado la preferencia jurisdiccional del orden penal pese a la notoria existencia de indicios delictivos en el momento de incoación del expediente. Tal prevalencia del orden penal fue el argumento esgrimido por los órganos judiciales para imponer la condena pese a constatar la concurrencia de la tripe identidad de sujetos, hechos y fundamento. El Tribunal rechaza ese argumento y afirma que la dimensión procedimental del *bis in idem* —la prevalencia del orden penal— «no puede ser interpretada en oposición a la material, en tanto que esta última atiende no al plano formal, y en definitiva instrumental, del orden de ejercicio o actuación de una u otra potestad punitiva, sino al sustantivo que impide que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo». Por ello, concluye que «irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que

concurran las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo» (FJ 4). El órgano judicial debió absolver al recurrente tan pronto tuvo conocimiento de la previa sanción administrativa, por lo que el TC terminó por declarar la nulidad de las resoluciones penales.

Como se ha afirmado, con dicha sentencia el TC, «sin reconocerlo expresamente, y al desautorizar la ‘técnica jurídica de la compensación’ efectuada por el juzgado de lo penal, dota de una aplicabilidad propia del canon convencional al non *bis in idem* procesal»⁽¹⁹⁾. No obstante, esa senda quedaría clausurada por la STC 2/2003. Junto a la asunción por el TC de la competencia para enjuiciar si concurre la triple identidad⁽²⁰⁾, los aspectos más relevantes de la sentencia son los siguientes:

i) La garantía material del *bis in idem*, ubicada en el art. 25.1 CE y que proscribió ser condenado dos veces por los mismos hechos, se fundamenta en la evitación del exceso punitivo, por lo que queda restringida a los supuestos en que «materialmente» se impone una doble sanción, lo que no ocurre cuando en la sanción penal se descuenta la sanción impuesta administrativamente. «Frente a lo afirmado por la STC 177/1999, de 11 de octubre, no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva (...), el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe ‘doble reproche afflictivo’, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto» (FJ 6).

ii) En relación con la garantía procesal del *bis in idem*, referida a la prohibición de doble proceso sancionador, la STC 2/2003 recuerda que la misma se ha vinculado al art. 24.1 y al efecto de cosa juzgada. Se manifiesta en la sentencia que el TC «sólo ha reconocido de manera expresa autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal (...), de modo que la mera coexistencia de procedimientos sancionadores —administrativo y penal— que no ocasiona una doble sanción no ha adquirido relevancia constitucional en el marco de este derecho» (FJ 3b). Ello por cuanto el efecto de cosa juzgada sólo es predicable de las resoluciones judiciales, y no es por tanto extensible a las resoluciones sancionatorias administrativas (FJ 7)⁽²¹⁾.

No obstante, reconoce que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el CEDH incluyen la prohibición de doble enjuiciamiento dentro de las garantías del

(19) CARPIO, 2010, p. 14, si bien, como destaca el mismo autor, la STC 177/1999 incurre en cierta contradicción y parquedad a la hora de argumentar su decisión, al reconocer la vulneración del derecho por vía de la vertiente material del doble castigo —a pesar de haberse producido la compensación por el juzgado de lo penal— y no subrayarse suficientemente la violación autónoma del derecho en su vertiente procesal.

(20) Criterio que, como resalta CARPIO, 2010, p. 15, coincide con la técnica de enjuiciamiento propia del TEDH.

(21) En dicha sentencia la sanción administrativa devino firme sin ser recurrida en vía contenciosa, por lo que el Tribunal no hubo de plantearse si las resoluciones judiciales contencioso-administrativas que confirman una sanción habrían de conllevar ese efecto de cosa juzgada. Sobre esa cuestión, véase por ejemplo, ALONSO MAS, 2005, pp. 30 ss.

non bis in idem⁽²²⁾. Asimismo, como ya anticipábamos, reconoce que la jurisprudencia de Estrasburgo ha incluido dentro de los conceptos de infracción y sanción penal también las de carácter administrativo, y que «a los efectos del art. 4 del Protocolo 7 CEDH equipara la persecución y castigo penal en el seno de un proceso penal con el procedimiento y la sanción administrativos» (FJ 3d).

La incoación de un procedimiento tras la realización de uno previo finalizado por resolución firme por los mismos hechos infringirá el derecho.

En atención a tales premisas, el TC otorga por primera vez rango constitucional a la prohibición de doble procesamiento en casos de concurso de órdenes sancionadores, afirmando que desde los valores de la libertad y la seguridad jurídica «no puede negarse que en ciertos casos la substanciación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal —por los mismos hechos y con el mismo fundamento— puede ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso, garantía ésta que comprende primeramente la interdicción de ser sometido a doble proceso penal». (FJ 8). Si bien, pese a ello, termina acto seguido por restringir su alcance a supuestos muy excepcionales: «Sin embargo, en la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional. En efecto, la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquéllos que, tanto en atención a las características del procedimiento —su grado de complejidad— como a las de la sanción que sea posible imponer en él —su naturaleza y magnitud— pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal» (FJ 8).

IV. DISCREPANCIAS ENTRE EL TEDH Y EL TC

A la vista de lo expuesto, puede afirmarse que las diferencias entre la concepción del TEDH y la del TC son irreconciliables. Pese al formal reconocimiento por la STC 2/2003 del derecho a no sufrir doble procesamiento en supuestos de previa sanción administrativa, su vigencia

(22) Afirma, más concretamente, que ambos textos normativos «protegen al ciudadano no sólo frente a la ulterior sanción —administrativa o penal—, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado —absolución o sanción— del mismo. Esta prohibición dirigida al Estado de no someter a los ciudadanos a un doble o ulterior procedimiento sancionador por los mismos hechos con el mismo fundamento, una vez que ha recaído resolución firme en un primer procedimiento sancionador —administrativo o penal—, constituye uno de los límites al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado que la Constitución impone como inherente al derecho a ser sancionado en el marco de un procedimiento sancionador sustanciado con todas las garantías (art. 24.2 CE) en relación con el derecho a no ser sancionado si no es en las condiciones estatuidas por la ley y la Constitución (art. 25.1 CE)». (FFJJ 3 b y 8).

práctica será inexistente⁽²³⁾. En efecto, el TC viene a descartar que «en la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador» quepa efectuar una equiparación del mismo con la complejidad, naturaleza y magnitud del proceso penal, por lo que parece venir a concluir que la jurisprudencia del TEDH no sería aplicable a la configuración española del *ius puniendi*. En realidad, lo que hace el TC es introducir un estándar de equiparación tan exigente y tan alejado del establecido por los criterios *Engel*, que la mención a los postulados de Estrasburgo constituye antes una insumisión que un acatamiento de la obligación impuesta por el artículo 10.2 CE —lo que quizá pudiera explicarse entonces ante la ausencia de ratificación por España del Protocolo 7, pero que no puede justificarse en la actualidad—, así como, en definitiva, un vaciamiento del contenido de un derecho fundamental que dice reconocer.

Ejemplo de la distancia abismal que separa la concepción del TC y la del TEDH es la aplicación que de la doctrina constitucional hace la STC 334/2005, de 20 de diciembre, en la que se deniega el amparo por vulneración del *non bis in idem*. El recurrente, militar, fue primero sancionado administrativamente a ocho días de arresto por una infracción leve de desobediencia prevista en la Ley del régimen disciplinario de las fuerzas armadas, tras un procedimiento oral en el que declaró el sancionado y dos testigos; y después, y por los mismos hechos, fue condenado penalmente por un delito de desobediencia del Código Penal Militar a la pena de 9 meses de prisión, acordándose el abono del tiempo en que estuvo privado de libertad. El TC resume la doctrina a aplicar manifestando que «cuando la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impidan equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador». A partir de tal presupuesto, el TC ventila la pretensión del actor sin mayor esfuerzo argumentativo: «(D) esde la perspectiva procesal, tampoco concurre en este caso la posibilidad de equiparar el procedimiento disciplinario sufrido con un proceso penal como presupuesto necesario para apreciar la prohibición constitucional de doble procedimiento sancionador, habida cuenta de la poca complejidad fáctica de los hechos que habían sido objeto de sanción y de la sencillez en la tramitación de dicho expediente disciplinario, que es oral y se sustanció en un solo día con la toma de declaración del recurrente y de los testigos presenciales» (FJ 2).

A raíz de lo expresado por dicha sentencia, cabe preguntarse cuál es la imagen que tiene el TC del proceso penal y de su complejidad; concretamente, si —como pareciera desprenderse de esos argumentos— está pensando en el procedimiento ordinario para delitos graves como término de equivalencia entre el procedimiento administrativo y el penal. Sólo esa conclusión podría justificar que el TC negara de antemano entidad «penal» suficiente a una vista oral con presencia de las partes y toma de declaración del acusado y dos testigos con el argumento de que es oral, de que se sustanció en un solo día, y de que los hechos no fueron complejos, cuando no otras son las características del juicio de faltas o del procedimiento de juicio rápido por delito. ¿Habría de llevar tal comprensión

(23) En sentido similar (aunque sin ponerlo en relación con la concepción del TEDH), afirma ALARCÓN, 2008, p. 182, que la STC 2/2003 «lleva en realidad a negar el derecho que dice proclamar o a reducirlo a supuestos marginales y casi inimaginables». Similar, PÉREZ MANZANO, 2003, p. 13.

a negar virtualidad a la prohibición de doble enjuiciamiento también respecto de tales procedimientos *penales*?⁽²⁴⁾

El escaso poder de convicción de ese argumento de la escasa entidad, complejidad o gravedad del procedimiento administrativo-sancionador —máxime aplicado a un supuesto en que la sanción administrativa era privativa de libertad— evidencia que el TC no estaba realmente introduciendo un criterio de diferenciación caso a caso, sino que pretendía excluir de antemano la virtualidad del derecho que parecía proclamar, al mismo tiempo que formalmente tomaba nota del acervo jurisprudencial del TEDH⁽²⁵⁾. En este sentido, se ha podido afirmar que la STC 2/2003 supone una «verdadera desconstitucionalización de la prohibición de doble enjuiciamiento»⁽²⁶⁾. Enfatiza con acierto Pérez Manzano, en una lectura más amable de la sentencia, que formalmente constituye un reconocimiento inédito del derecho, pero, como la misma autora termina por asumir, tal reconocimiento carece de toda efectividad, por cuanto «tiene sólo una proyección de futuro, carente de eficacia inmediata en la medida en que se ha declarado que exige un tipo de procedimiento sancionador que no es el actual»⁽²⁷⁾. Con independencia de tal protección de futuro, el hecho es que el contenido del derecho fijado por el TC se halla muy alejado del estándar *mínimo* de protección que establece Estrasburgo, y así seguirá siendo en el futuro a menos que el TC incorpore la jurisprudencia del Tribunal Europeo.

En efecto, como hemos visto, el TEDH se conforma con mucho menos para considerar que una sanción administrativa pueda considerarse «penal» a los efectos de aplicación del artículo 4 P 7. Así lo afirma en supuestos como la imposición de multas leves por posesión de droga (*Tomasovic*) o por alteración de la paz pública (*Tsonyo Tsonnev*), o incluso con la imposición de un recargo administrativo (*Ruotsalainen*). Ello es así porque, con arreglo a los criterios *Engel* —que datan de 1976— lo determinante no es la complejidad del procedimiento ni, desde luego, el revestimiento de garantías que rodee el procedimiento administrativo, sino, esencialmente, si la norma tenía un cometido propio del Derecho penal, como la prevención o disuasión de conductas lesivas para terceros (lo que el TEDH denomina la «naturaleza del ilícito»), unido al criterio accesorio de la gravedad de la sanción (que, como vimos, permite atribuir carácter penal si la sanción es grave, pero no negarlo por sí sólo si no lo es⁽²⁸⁾). Ciertamente, desde tales parámetros la prohibición de doble enjuiciamiento se extenderá a prácticamente cualquier *sanción* administrativa, por cuanto la finalidad disuasoria o represiva es precisamente la que para el TC determina el propio carácter sancionatorio de la medida⁽²⁹⁾. Así, por poner un solo ejemplo, todos los

(24) Consideraciones semejantes plantean ALONSO, 2005, p. 47; o ALARCÓN, 2008, p. 182.

(25) Cfr. las hipótesis explicativas que sobre ese proceder ofrece PÉREZ MANZANO, 2003, p. 13.

(26) ALONSO, 2005, p. 47. Críticos con la sentencia en este punto se muestran también PUERTA SEGUIDO/BELTRÁN DE FELIPE, 2004, pp. 379 s.

(27) PÉREZ MANZANO, 2003, p. 13.

(28) Recuérdese la reiterada afirmación de que «la referencia al carácter ‘menor’ de los actos no excluye su calificación ‘penal’ en el sentido autónomo del Convenio, ya que en el texto del mismo nada hace pensar que la naturaleza penal de una infracción, en el sentido de los criterios *Engel*, implique necesariamente un cierto grado de gravedad» (*Zolotoukhine*, § 54).

(29) Sobre el concepto de «sanción» manejado por el TC, cfr. LASCURAIN SÁNCHEZ, 2009, pp. 44 ss.

recargos tributarios que —como afirmó la STC 276/2000, de 16 de noviembre del establecido en el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria⁽³⁰⁾— tengan una «finalidad repressiva, retributiva o de castigo» entrarían bajo el ámbito de aplicación determinado por los criterios *Engel*, teniendo en cuenta, por descontado, que la Hacienda Pública es un bien jurídico tradicionalmente protegido por el Derecho penal⁽³¹⁾. Qué no decir —por emplear otro ejemplo— de las sanciones medioambientales, que en ocasiones exigen complejos medios periciales de prueba y sobre cuyo bien jurídico pesa un mandato constitucional de protección penal (artículo 45.3 CE).

V. MÁS ALLÁ DE ESTRASBURGO: CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

La obligación prevista en el artículo 10.2 CE, unida a la ratificación del Protocolo 7, son razones más que suficientes para que el TC deba plantearse una revisión de su doctrina. En cualquier caso, y más allá de la jurisprudencia de Estrasburgo, creo que hay argumentos adicionales que permiten poner en duda la plausibilidad de la construcción doctrinal establecida en la STC 2/2003. Sin que sea este el momento de profundizar en ello, a mi entender lo más discutible de la sentencia es que se emplee el principio formal e instrumental de la prevalencia del orden penal⁽³²⁾ —cuya razón de ser no es otra, según la misma sentencia, que la protección del ciudadano frente al riesgo de sufrir un *bis in idem*—, para disminuir el alcance del mismo derecho que aspira a garantizar. Resulta, en efecto, paradójico afirmar que la infracción legal de las normas que establecen la prevalencia del orden penal y la consiguiente obligación del órgano administrativo de paralizar el procedimiento

(30) Ello es reafirmado, entre otras, por la reciente STC 39/2011, de 31 de marzo, en la que, resolviendo una cuestión de constitucionalidad, se declara inconstitucional el citado precepto por imponer una sanción sin prever un procedimiento contradictorio, ignorando con ello el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)

(31) El TEDH viene atribuyendo carácter sancionatorio «penal» a los recargos. Cfr., además de *Ruotsalainen*, STEDH de 24 de febrero de 1994, asunto *Bendenoun c. Francia*.

(32) Principio que, como se afirma en el voto particular a la sentencia, «es el *deus ex machina* que late detrás de toda la construcción jurídica de la Sentencia», y cuyo rango constitucional, frente a lo afirmado por la sentencia (FJ 9) resulta discutible: cfr. CAAMAÑO, 2003, pp. 181 ss. (Decididamente a favor, en cambio, CANO CAMPOS, 2001, pp. 220 s.). A estos efectos, no está de más recordar el contenido del voto particular firmado por Cruz Villalón y Casa Baamonde (quien fue ponente de la STC 2/2003) a la STC 177/1999, en el que regla de prevalencia del orden penal se erige en presupuesto absoluto y prácticamente conformador del Estado de Derecho. Se reprocha por los dos magistrados disidentes que la sentencia invierte las relaciones entre el Poder Judicial y Administraciones sancionadoras que se desprenden del diseño constitucional, tal como han sido plasmados en la STC 77/1983. En esta «se señaló que la Constitución impone unos límites precisos a la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Junto a los que consisten en la legalidad, la interdicción de privaciones de libertad y el respeto a los derechos de defensa, se subrayó ‘la subordinación a la Autoridad judicial’», principio que se basa en la siguiente idea esencial: «La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera». Con la prohibición de un *bis in idem* procesal en estos casos y con el blindaje «ante la ley penal a los ciudadanos que sufren una multa por parte de una Administración pública, se resuelve en favor de las autoridades administrativas la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la justicia penal. Resultado que rompe la estructura básica del Estado de Derecho configurado por nuestra Constitución».

El TC reconoce que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el CEDH incluyen la prohibición de doble enjuiciamiento dentro de las garantías del *non bis in idem*.

«tiene relevancia constitucional por cuanto esas reglas (...) configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador —administrativo y penal— y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos» (STC 2/2003, FJ 9), y derivar de esa prioridad del orden penal que los casos en que se enjuicia penalmente por los mismos hechos que los que han dado lugar a una sanción administrativa impuesta con infracción del deber de paralización no se vulnera la prohibición de doble enjuiciamiento; todo ello después de haber reconocido «formalmente» la cobertura constitucional de ese derecho⁽³³⁾.

A la postre, la prevalencia del orden penal sirve al TC para rechazar que, ante un supuesto de doble enjuiciamiento y pese a la infracción de la regla de paralizar el procedimiento por la Administración, pueda anularse la posterior sentencia penal. Pero, ¿por qué deben recaer sobre el ciudadano sometido al doble enjuiciamiento las consecuencias de esa prevalencia —de su infracción y de la ausencia de respuesta legal—?⁽³⁴⁾ Si nos tomamos en serio la prohibición de doble enjuiciamiento, de ella ha de derivarse también un mandato dirigido al juez penal de archivar el caso una vez que la Administración ha desatendido su deber de paralizar el proceso, que se vería infringido con la imposición de la condena. La paralización del procedimiento administrativo es, en los términos de la STC 2/2003, un instrumento *preventivo* tendente a garantizar el derecho a no sufrir una doble sanción⁽³⁵⁾; si este fracasa, no puede apelarse al instrumento para frustrar el fin al que sirve y legitimar el *bis in idem*. Si quiere afirmarse de otro modo: en tales casos la prevalencia del orden penal habría de ceder en favor del derecho fundamental al que sirve de instrumento, y habrá de ser el propio Estado, y no el ciudadano, el que haya de asumir las consecuencias⁽³⁶⁾.

(33) Críticos con la STC 2/2003 a partir de argumentos similares, y entre otros, CAAMAÑO, 2003, pp. 181 ss.; PUERTA/BELTRÁN, 2004, pp. 380 ss.; ALONSO, 2005, p. 18: «elevar al rango de principio absoluto la prevalencia del orden jurisdiccional penal comporta, ante todo, una infracción de la prohibición de doble enjuiciamiento», y p. 57; GIMENO SENDRA, 2006, p. 865-866; RUIZ ZAPATERO, 2009, pp. 9-10.

(34) En este o similar sentido, PUERTA/BELTRÁN, 2004, pp. 382-383; ALONSO, 2005, p. 44, 48-49: «el TC parece estar apuntando que, en estos casos en que la Administración no paraliza el procedimiento sancionador, la lesión del principio, si existe, le será imputable a ella, y no a la condena penal (...) Pero con ello, se está haciendo recaer sobre el ciudadano las consecuencias negativas de una actuación irregular de los poderes públicos»; muy crítico también, GARBERÍ, 2004, p. 4, y *passim*.

(35) Así también PÉREZ MANZANO, 2003, p. 17. En igual sentido, CANO CAMPOS, 2001, p. 199, resaltando que la regla de la prevalencia del orden penal es una «regla de garantía del principio» *non bis in idem*, pero que no forma parte de su contenido.

(36) Coincido con CANO CAMPOS, 2001, p. 201, en que la prohibición de doble enjuiciamiento puede someterse a un juicio de ponderación con otros derechos o intereses y, en determinados supuestos, ceder frente a ellos. Lo que rechazo, frente a lo que este autor parece defender (pp. 220, 238) es que la regla de prevalencia sea un interés superior, siendo como es un medio para garantizar el derecho fundamental. Por lo demás, creo que tal ponderación ha sido ya efectuada *ex lege*, estableciendo el apartado 2.º del artículo 4 P7 las excepciones al derecho fundamental

Por lo demás, tampoco es convincente el segundo argumento empleado para justificar que la prevalencia del orden penal impida la anulación de la condena impuesta con posterioridad, relativo a que el procedimiento penal está rodeado de más garantías que el administrativo. Más allá de que la evolución constitucional ha consistido en una progresiva incorporación de las garantías penales al ámbito administrativo —de lo que es ejemplo la ya citada STC 39/2011, que anula el artículo 61.2 de la LGT por prever la imposición de un recargo tributario sin procedimiento contradictorio—, y de que ello puede justificar la vertiente positiva de la cosa juzgada, nuevamente se incurre en la paradoja de invocar una regla abstracta («debe prevalecer el procedimiento dotado de mayores garantías») para vaciar de contenido una garantía constitucional concretamente vulnerada —la prohibición de doble enjuiciamiento—. Como se ha afirmado, «el mayor contenido garantista se convierte en un regalo funesto, por cuanto con base en él se afirma la prevalencia de la [sanción] más grave»⁽³⁷⁾.

V. LA PROHIBICIÓN DE DOBLE PROCESAMIENTO: CONSECUENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

1. Presupuestos: la identidad fáctica —hechos y sujeto— como único requisito de la prohibición de doble procesamiento

En definitiva, a mi entender —y pese a todos los defectos que quepa achacarle— la STC 177/1999 resultaba mucho más garantista, y desde luego más acorde a la jurisprudencia del TEDH. Creo, por ello, que debe reivindicarse su argumento central: que la interdicción del *bis in idem* «no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del Derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental»⁽³⁸⁾.

(37) PÉREZ MANZANO, 2003, p. 18, quien, pese a señalar la rechazable consecuencia en el caso concreto de la STC 2/2003, viene a justificar tal conclusión con carácter general. Críticos también con tal argumento, PUERTA/BELTRÁN, 2004, p. 380; MARINA JALVO, 2003, p. 184: «Por muy loable que resulte el empeño en asegurar la prevalencia del pronunciamiento de los Tribunales penales, el argumento empleado por la STC 2/2003 resulta excesivamente artificioso. Si el propio Tribunal Constitucional parte de considerar que el procedimiento administrativo sancionador no reúne garantías comparables a las típicas del proceso penal, ¿cómo es posible sostener después que la tramitación de este procedimiento es insignificante desde el punto de vista de la prohibición constitucional de dualidad de procedimientos sancionadores?»; ALONSO, 2005, pp. 55-56. No sobra, por lo demás, recordar las palabras de NIETO, 2012, sobre que la preferencia de la resolución penal responde a las ficciones de que la sanción proviene siempre de la Administración, sin que tenga efectos jurídicos sobre ella la intervención del tribunal revisor; y «de que el procedimiento judicial penal es el que mejor asegura los derechos individuales frente a la arbitrariedad del Poder Ejecutivo. Un prejuicio que carece por completo en la actualidad de razón de ser, dado que los tribunales contencioso-administrativos ofrecen las mismas garantías de independencia institucional y de defensa de los ciudadanos» (p. 447). Suscribe tales afirmaciones CANO CAMPOS, 2001, p. 216.

(38) No le falta razón a REQUEJO RODRÍGUEZ, 2003, p. 68, cuando asevera que «la única solución respetuosa con la prohibición constitucional de duplicidad de sanciones sería la que en su momento adoptó la STC

Ciertamente, asumir la jurisprudencia de Estrasburgo, parafraseando los temores de la STC 2/2003, «tendría un importante alcance en la ordenación de los procedimientos sancionadores —administrativo y penal—». No voy a adentrarme en la discusión teórica acerca de la configuración del sistema punitivo y sus implicaciones para una comprensión instrumental o sustancial de la regla de prevalencia del orden penal⁽³⁹⁾. Por el contrario, quiero limitarme a bosquejar las consecuencias que habrían de derivarse de la incorporación al acervo constitucional del artículo 4 P7 según la exégesis del TEDH; es decir, de otorgar sustantividad propia al derecho a no ser sometido a doble procesamiento, y no a entenderlo como un mero medio para evitar la doble sanción⁽⁴⁰⁾.

En esencia, cabe anticipar ya que tales consecuencias vendrían dadas por la asunción de un criterio cronológico⁽⁴¹⁾ y la consiguiente anulación de la última resolución recaída, que es la que infringe la prohibición de doble procesamiento. Efecto inherente a lo anterior será, por lo demás, la subordinación de la prohibición de doble castigo a la, lógicamente previa, prohibición de doble enjuiciamiento, y el rechazo de la técnica de la compensación como vehículo para evitar el *bis in idem*⁽⁴²⁾. En efecto, si el derecho a no sufrir un *bis in idem* se materializa ya con la incoación de un segundo procedimiento sobre los mismos hechos —debiendo anularse ya en ese momento—, la posterior imposición de la sanción en un segundo procedimiento carecerá de entidad propia. La proscripción del doble castigo quedará entonces circunscrita a los casos de imposición de dos sanciones por un mismo hecho y con idéntico fundamento en una misma causa: al concurso de normas, no al concurso de procedimientos⁽⁴³⁾.

177/1999, esto es, estimar el emparo y anular la sanción penal» (lo suscriben PUERTA/BELTRÁN, 2004, p. 387). De modo similar lo ve, por ejemplo, ALONSO, 2005, p. 57; o GARBERÍ, 2004, p. 4, quien reivindica la «injustamente censurada» STC 177/1999.

(39) «Cuestión filosófica sobre la que casi nadie se pone de acuerdo y que ha sido interpretada, desde el punto de vista de las garantías, con bastante ambigüedad» (PUERTA/BELTRÁN, 2004, p. 380). Distintas aproximaciones sobre ello pueden encontrarse, por ejemplo, en CANO CAMPOS, 2001, pp. 218 ss.; PÉREZ MANZANO, 2002, pp. 59 ss.; o CAAMAÑO, 2003, pp. 171 ss.

(40) Cfr. por ejemplo CANO CAMPOS, 2001, p. 222, nota 66, quien asigna esa autonomía al *bis in idem* procesal (prohibición de doble enjuiciamiento), y critica la concepción de quienes ve en él un «principio accesorio o coadyuvante del auténticamente importante: el *bis in idem* material» (Benlloch Petit). No obstante, es llamativo que pese a asignarle tal sustantividad propia al derecho fundamental, considere que puede ser sacrificado a favor de los principios que sostiene la prevalencia del orden penal (p. 238). Crítica con lo que considera «una cierta antinomia» en la postura de este autor, ALONSO, 2005, p. 15. Vid., además, *supra*, nota 40.

(41) Criterio más «sencillo y lógico», en palabras de NIETO, 2012, p. 451. Cfr. también CAAMAÑO, 2003, p. 172; PÉREZ MANZANO, 2002, p. 60.

(42) Críticos con la técnica de la compensación se muestran REQUEJO RODRÍGUEZ, 2003, p. 66; GARBERÍ, 2004, p. 5 («chapucera»); PUERTA/BELTRÁN, 2004, pp. 384-285; CARPIO, 2010, p. 18 («arbitraria» e «inútil» en mucho supuestos).

(43) Cabría establecer una excepción a lo afirmado, en casos en que la primera resolución administrativa únicamente abarque una parte del ilícito que continúa realizándose con posterioridad, englobando solo el posterior enjuiciamiento penal la totalidad del mismo. Ello puede no ser inhabitual, por ejemplo, en supuestos de ilícitos medioambientales, en los que el carácter penal del hecho únicamente toma forma una vez que los vertidos se han prolongado durante un determinado periodo de tiempo, pues solo entonces la contaminación alcanza la intensidad suficiente para «alterar el equilibrio de los sistemas naturales» (art. 325 CP). En tales casos, puede haber recaído una primera sanción administrativa por solo una fase de ese hecho ilícito, no pudiéndose por tanto afirmar una *completa identidad de hechos* entre el procedimiento administrativo y el penal, sino tan sólo una *identidad parcial*. Como digo, en estos casos sí podría regir la prohibición de doble castigo, al resultar desproporcionada la imposición de

En todo caso, para determinar las concretas consecuencias de la prohibición de doble enjuiciamiento, el primer paso es concretar sus presupuestos. A la hora de determinar su contenido, no pocos autores trasladan a esta faceta del *bis in idem* la triple identidad exigida para la prohibición de doble sanción; en concreto, asumen que también ha de concurrir la *identidad de fundamento* como presupuesto para dicha prohibición⁽⁴⁴⁾. Sin embargo, tal como hemos visto, distinta es la comprensión del TEDH, que, especialmente a partir de *Zolotoukhine*, ha configurado el *bis in idem* procesal a partir de la identidad fáctica⁽⁴⁵⁾ —incluyendo la de hechos y la de sujeto, ciertamente⁽⁴⁶⁾—. Ya vimos, en este sentido, que en el citado pronunciamiento de la Gran Sala se rechazaba expresamente la adopción de un enfoque basado en la calificación jurídica de los hechos que, como en el asunto *Oliveira*, permitía que un concurso ideal de infracciones penales y administrativas fuera enjuiciado primero en un procedimiento administrativo y después en un procedimiento penal. Desde la jurisprudencia del Tribunal europeo actualmente vigente, en cambio, esa opción queda cerrada: el concurso ideal de infracciones solo permite una oportunidad de enjuiciamiento, de modo que la primera sanción (penal o administrativa) sobre los hechos impedirá un segundo juicio *sobre esos mismos hechos* aun cuando el fundamento de la infracción sea distinto⁽⁴⁷⁾. Ejemplo claro de esta concepción es el asunto *Tsonyo Tsonev*, que declara vulnerado el *bis in idem* porque después de una sanción administrativa por alteración de la paz pública, se procesó al actor por los mismos hechos bajo la acusación de delitos de lesiones.

Sentado lo anterior, pasemos a bosquejar las consecuencias que habrían de derivarse de dicha configuración del *bis in idem*.

2. Consecuencias de la vulneración del doble procesamiento. Algunas reflexiones

2.1. Sobre la regla de prevalencia de la jurisdicción penal

Como afirmábamos, la consecuencia esencial vendrá dada por la aplicación de un criterio cronológico, y la consiguiente nulidad de la actuación del *ius puniendi* —ya sea por la Administración, ya por la jurisdicción penal— que vulnera el derecho fundamental a no

una doble sanción a unos hechos parcialmente iguales, siendo, aquí sí, plenamente razonable acudir a la técnica de la compensación como remedio para evitar la desproporción punitiva.

(44) Cfr., por ejemplo, GARBERÍ, 2004, p. 4; MARTÍNEZ MUÑOZ, 2011, p. 136. También para haberlo entendido así el TC: Cfr. la STC 188/2005, FJ 2, mencionando la faceta del *bis in idem* «procesal o formal, que proscribía la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento»; o el ATC 197/2009, de 20 de junio, FJ 4.

(45) Atinadamente, en este sentido, RUIZ ZAPATERO, 2009: «El TEDH se ha decantado por el ‘idem factum’: son los hechos los que determinan el ‘idem’ prohibido». También otros autores parten de esa premisa, afirmando que «basta esta doble identidad y no es necesaria la identidad de fundamento, pues (...) está prohibido el segundo proceso aunque sea para sancionar esa conducta del sujeto como delito diferente» (ALARCÓN, 2008, p. 176). Cfr. también ALONSO, 2005, p. 50.

(46) «Hechos que constituyen un conjunto de circunstancias fácticas concretas que implican al mismo infractor e indisolublemente unidas entre ellas en el tiempo y el espacio» (*Zolotoukhine*, § 83).

(47) Cfr. SINER, 2012, p. 420.

La interdicción del *bis in idem* no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del Derecho punitivo y sancionador del Estado.

sufrir un doble procedimiento sancionatorio. La generosa equiparación por parte de Estrasburgo entre sanciones (y procesos) administrativo-sancionadores y penales a la hora de fijar el alcance del artículo 4 P7, si bien no impone una determinada configuración del sistema punitivo de los Estados, sí abona la idea de una «unidad de soberanía sancionadora»⁽⁴⁸⁾, al menos por cuanto, *a los efectos del bis in idem*, no impone diferenciaciones jerárquicas ni en función de la gravedad del ilícito ni desde el mayor revestimiento garantístico del procedimiento. Reiterando ideas ya apuntadas: si bien Estrasburgo asume que los Estados tienen libertad para «regular cuál de las dos infracciones ha de ser perseguida»⁽⁴⁹⁾ —y, por tanto, para establecer una regla de prioridad de enjuiciamiento de una (penal) sobre otra (administrativa)— en caso de potencial o actual concurrencia, la autonomía sustantiva del derecho a no ser sometido a un doble procesamiento supone que tal regla no podrá delimitar retroactivamente el contenido del derecho fundamental, ni desvirtuar el alcance de su tutela negando su vulneración por el procesamiento posterior cuando se haya infringido tal regla de prevalencia.

Por tal razón, en definitiva, tanto una condena penal firme como una resolución administrativa sancionadora firme impedirán un segundo procesamiento, ya penal, ya administrativo, vulnerándose el derecho fundamental tan pronto como este se inicie⁽⁵⁰⁾. A este respecto, desde la concepción de Estrasburgo creo que resulta indiferente que la sanción administrativa haya sido confirmada por resolución judicial —lo único determinante será que haya devenido firme y que satisfaga el estándar de los criterios *Engel*—. En lo tocante a la configuración de los derechos fundamentales diseñada por la doctrina constitucional, ello supondría reubicar el derecho a no sufrir un doble enjuiciamiento en el derecho a un proceso con todas las garantías⁽⁵¹⁾, en aras, además, a no desnaturalizar los perfiles de la cosa juzgada.

Desde la lógica que impone la regla de prevalencia, pudiera plantearse todavía si la anulación de la sanción administrativa impuesta con infracción del deber de paralización del procedimiento vendría a evitar

(48) Cfr. CAAMAÑO, 2003, p. 172.

(49) Ello es resaltado por la STC 2/2003, FJ 10, citando el asunto *Fischer c. Austria*, STEDH de 29 de mayo de 2001, 31.

(50) Como manifiesta PÉREZ MANZANO, 2002, p. 59, la prohibición de doble proceso impide «la sustanciación misma de dos procesos, de manera que la lesión del derecho se puede considerar producida con el inicio mismo de un doble procedimiento». La citada autora, en otro trabajo, parece concretar esa afirmación manifestando que podrá hablarse de la lesión del derecho «al menos desde que uno de ellos haya entrado en la fase de enjuiciamiento» (PÉREZ MANZANO, 2003, p. 14). A mi entender, la jurisprudencia del TEDH prohíbe no sólo un segundo enjuiciamiento, sino ya un segundo procesamiento. Así, por ejemplo, cuando en *Zolotoukhine* se advierte que «el artículo 4 del Protocolo n.º 7 contiene tres garantías distintas y dispone que nadie i. puede ser perseguido, ii. juzgado o iii. castigado dos veces por los mismos hechos».

(51) Tal como, de hecho, viene a asumir la STC 2/2003, FJ 8. Cfr. también CANO CAMPOS, 2001, p. 210 (sólo para los casos en que los dos procedimientos son judiciales); ALONSO, 2005, p. 41; SINNER, 2012, p. 418.

la lesión del derecho fundamental derivada de un enjuiciamiento penal que se incoa con posterioridad⁽⁵²⁾. Así, más concretamente, si esa nulidad se declarara antes de que se iniciara el procedimiento penal⁽⁵³⁾, podría justificarse este en atención a que el primero era jurídicamente inexistente. A mi modo de ver, esa alternativa podría servir, en todo caso, para evitar la lesión del derecho a no sufrir un doble castigo, pero no para salvar la lesión del doble procedimiento⁽⁵⁴⁾. Con carácter general, considero que no es convincente si, como hace un sector doctrinal, se sostiene en la errada premisa de que la infracción del deber de paralizar el procedimiento constituye ya la lesión de un derecho fundamental⁽⁵⁵⁾; premisa que permitiría justificar la declaración de la nulidad de pleno derecho con arreglo al artículo 62.1 LRJPAC⁽⁵⁶⁾. A mi entender, como ya he afirmado, la regla de prevalencia no constituye un derecho fundamental, sino, a lo sumo, un instrumento legal de prevención del doble castigo; con la continuación de un procedimiento administrativo se infringe la previsión legal, pero el derecho no se vulneraría hasta que no se hubiera impuesto la segunda sanción.

Pero, si se acoge la prioridad de la prohibición de un doble procesamiento, la lógica de la prevalencia pierde todo sentido: la prioridad de la jurisdicción penal no guarda relación lógica ni teleológica alguna con el derecho fundamental, por cuanto, en palabras de Nieto, el *non bis in idem* «nada dice sobre prioridades»⁽⁵⁷⁾. No guarda relación teleológica porque para la evitación del *bis in idem* basta con que no llegue a iniciarse el segundo procedimiento, independientemente de su complejidad, de sus garantías o de la gravedad de la infracción. Y no guarda relación lógica porque la lesión del derecho fundamental se produce siempre por la actividad del segundo órgano.

Por lo demás, la nulidad con efectos *ex tunc* del primer procedimiento administrativo —lo que, como acabo de afirmar, no creo que pueda justificarse desde el artículo 62.1 LRJPAC— no evitaría que la incoación de un posterior proceso penal lesionara el derecho fundamental. Para la prohibición del doble castigo (tal como viene configurada por el TC),

(52) Esa propuesta, encauzada a través de diferentes vías, aparece de modo recurrente en la doctrina. Cfr. REQUEJO RODRÍGUEZ, 2003, pp. 68 ss. (y nota 23). Sobre los cauces para obtener la declaración de nulidad, vid. también ALARCÓN, 2008, pp. 138 ss.

(53) Tal como la Ley de procedimiento penal alemana permite hacer al propio juez penal (cfr. CANO CAMPOS, 2001, p. 237).

(54) Así también, si no lo interpreto mal, CANO CAMPOS, 2001, p. 238.

(55) La vertiente «procedimental» del *bis in idem* que, por extensión a la «material», pretende ubicarse en el art. 25.1 CE.

(56) Cfr. al respecto REQUEJO RODRÍGUEZ, 2003, p. 69; ALARCÓN, 2005, pp. 137-138.

(57) Citado por REQUEJO RODRÍGUEZ, 2003, p. 66, quien destaca con razón las dudas acerca de que la regla de prevalencia pueda fundarse en la proscripción constitucional del *bis in idem*. Quizá pudiera justificarse esa vinculación con relación a la prohibición de doble punición (de ahí la matización del texto) si este pretendiera fundamentarse a partir de su anclaje en el 25.1 CE, el principio de intervención mínima y la mayor gravedad de los ilícitos penales (como hace por ejemplo PÉREZ MANZANO, 2002, pp. 60 ss.; o CANO CAMPOS, 2001, p. 214 ss.), pero desde luego, no respecto de la prohibición de doble procesamiento. Cfr. también CANO CAMPOS, 2001, p. 199: la «prevalencia de la vía penal (...) nada tiene que ver con el contenido del *non bis in idem*, por lo que no puede afirmarse que constituya una de sus manifestaciones». Por lo demás, es indudable que la relación que la regla de la prevalencia guarda con la prohibición de doble sanción (en la concepción del TC) sería a lo sumo teleológica, pero no lógica, en el sentido de que su conexión no es necesaria, existiendo otros instrumentos —como las reglas concursales— que pueden servir para prevenir la doble sanción (Cfr. CANO CAMPOS, 2003, pp. 212 ss.; o ALONSO, 2005, pp. 61 ss.).

la anulación de la sanción sí podría impedir la lesión del *bis in idem* que se derivaría de la imposición de la sanción adicional en el segundo proceso, por cuanto de lo que se trata es de evitar la desproporción derivada del exceso punitivo⁽⁵⁸⁾. Pero la nulidad de un procedimiento no puede hacer desaparecer los efectos lesivos materiales que aspira a proteger la prohibición de someter al ciudadano a una doble persecución por unos mismos hechos⁽⁵⁹⁾.

2.2. *Sobre la inconstitucionalidad de la normativa administrativa que permite la continuación del procedimiento sancionador*

En suma, desde la óptica del TEDH la vulneración del *bis in idem* se produce ya con la iniciación de un segundo procedimiento sancionatorio por los mismos hechos tras previa resolución sancionatoria firme, por lo que la reparación del derecho vulnerado sólo puede venir dada por su anulación, o la de sus efectos jurídicos, con independencia de si es penal o administrativo, dado que es la actividad del segundo órgano sancionador la que infringe el mandato constitucional de abstenerse de actuar. Ciertamente, y tal como se deriva del propio tenor literal del artículo 4 P 7, la prohibición de iniciar un segundo procedimiento por los mismos hechos se dará tanto cuando la primera resolución firme es condenatoria como cuando se declara la absolución y, en rigor, tanto si la primera absolución es en una resolución judicial penal como si es una resolución administrativa firme⁽⁶⁰⁾.

Esta conclusión viene a poner en tela de juicio la conformidad con el derecho fundamental de numerosas disposiciones administrativas que, tras la obligada paralización del procedimiento administrativo, permiten su continuación si en el orden penal se ha declarado la absolución.

Así, por ejemplo, el artículo 180.1 de la Ley general tributaria, dispone en su apartado tercero: «De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciará o continuará sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados»⁽⁶¹⁾.

O el artículo 72.2 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial: «Si la sentencia fuera absolutoria o el procedimiento penal finalizara con otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad, y siempre que la misma no estuviera fundada en la inexistencia del hecho, se podrá iniciar o continuar el procedimiento administrativo sancionador contra quien no hubiese sido condenado en vía penal».

A los efectos de apreciación del *bis in idem*, y sobre la base del respeto a la cosa juzgada, es habitual distinguir entre los supuestos en que la absolución se funda en la inexistencia del hecho —tal como se explicita en la segunda disposición transcrita— de los casos en que la absolución se debe a otros motivos. Así, mientras el primer supuesto impediría la continuación de un procedimiento sancionatorio dirigido a reabrir la deter-

(58) Estaríamos ante una lógica similar a la de la compensación, sometida por tanto a similares problemas: al igual que no todo es compensable, no siempre la anulación podrá conllevar la plena restitución de una sanción ya ejecutada.

(59) Si no lo entiendo mal, creo que asume esta postura ALONSO, 2005, pp. 69-70, nota 97.

(60) Cfr. SINER, 2012, pp. 418-419

(61) Idéntica es la previsión en la Ley general de subvenciones (art. 55.3).

minación de los hechos, dada la obligación de la Administración de respetar la «verdad jurídica» de lo declarado por la jurisdicción penal⁽⁶²⁾, una absolución por motivos distintos a la inexistencia de los hechos considerados delictivos no impediría que la Administración se replanteara su calificación jurídica desde las normas sancionatorias administrativas. Esta diferenciación fue trazada por la STC 77/1983, de 3 de octubre, en los siguientes términos:

«El principio non bis in idem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado».

Ciertamente, ningún reproche cabría atribuir a la posterior intervención de la Administración desde la prohibición de doble sanción; pero la conclusión ha de ser distinta desde el derecho reconocido en el artículo 4 P7. A mi entender, *con independencia de las razones de la absolución* de la resolución penal firme (sentencia o auto de sobreseimiento libre), la iniciación o reanudación del procedimiento administrativo vulnerará la prohibición constitucional de no ser sometido a doble procedimiento.

Tal incompatibilidad —la de la regulación legal con el bis in idem «procesal»—, ha sido asumida por distintos autores⁽⁶³⁾, no obstante lo cual o bien se ha rechazado su relevancia, al negar entidad constitucional a la prohibición de doble proceso⁽⁶⁴⁾, o bien se ha matizado, considerándose meramente aparente y susceptible de ser esquivada. Es el caso de los planteamientos de Cano Campos o Alarcón Sotomayor.

El primero de ellos, después de reparar en que con la posibilidad prevista legalmente de continuar con el procedimiento sancionador «podría entenderse que no se respeta la prohibición de doble enjuiciamiento de los mismos hechos, pues primero se enjuician en la jurisdicción penal y después por los órganos administrativos», termina por rechazar que ello sea así. La razón esencial que esgrime es que no puede realmente hablarse de doble enjuiciamiento, pues el primero —el penal— es sólo parcial; por el contrario, la sucesión del procedimiento penal y el administrativo deben entenderse como un único enjuiciamiento.

(62) Lo que, como es sabido, ha quedado plasmado legalmente en el artículo 137 LRJPAC. En este sentido, el citado art. 180.1 LGT sólo sería constitucional si se interpretara en esos términos, restringiendo la posibilidad de reapertura del expediente sancionador al caso en que la absolución no estuviera basada en la inexistencia de los hechos.

(63) Cfr., por ejemplo, ALONSO, 2005, p. 45, nota 56: el efecto del artículo 4 P7 «sería también precluir la posibilidad de reabrir el expediente sancionador cuando el proceso penal ha concluido con sentencia absolutoria por falta de relevancia penal de los hechos declarados probados»; MARTÍNEZ MUÑOZ, 2011, p. 128: «existe una evidente contradicción entre el tenor de este artículo 4 y el texto del artículo 180.1 de la LGT»; p. 133.

(64) Cfr. DE LEÓN VILLALBA, 1998, p. 542; BENLLOCH PETIT, 1998, p. 11.

La prohibición de iniciar un segundo procedimiento por los mismos hechos se dará tanto cuando la primera resolución firme es condenatoria como cuando se declara la absolución.

Ello lo fundamenta en los siguientes términos. «En rigor, la jurisdicción penal hace un enjuiciamiento parcial de los hechos, los cuales sólo son analizados desde la vertiente puramente penal que le compete. Pero, dado que tales hechos también pueden ser enjuiciados desde la perspectiva administrativa sancionadora, en la que el orden penal no puede entrar, parece lógico y razonable que los órganos (administrativos) a quienes corresponde este tipo de enjuiciamiento procedan al mismo cuando los hechos no se hayan considerado delictivos. Puede que los hechos enjuiciados en el ámbito penal no sean constitutivos de delito, pero eso no excluye su posible calificación como infracción administrativa, dada la distinta configuración que suelen presentar en uno y otro ámbito los tipos de infracción tanto en su parte objetiva como subjetiva»⁽⁶⁵⁾. De modo similar a como en el proceso penal se faculta al juez a que, ante una calificación jurídica manifiestamente errónea de las acusaciones, pueda proponerles una alternativa que permita agotar el ejercicio del *ius puniendi* desde la perspectiva jurídica más correcta en un único enjuiciamiento⁽⁶⁶⁾ —lo que sin embargo no puede hacerse cuando la segunda calificación jurídica posible se enmarca en un sector del que los jueces penales carecen de competencia—, puede «continuarse» el enjuiciamiento con la reapertura del expediente administrativo: «en dicha posibilidad, más que un doble enjuiciamiento, debe verse la continuación del enjuiciamiento de unos hechos que permita agotar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado por parte de los órganos que tienen reservada una concreta manifestación del mismo (la de aplicar las normas administrativas sancionadoras) y de la que carecían los órganos penales que se pronunciaron —sólo parcialmente— en primer lugar»⁽⁶⁷⁾.

Por su parte, en lugar de reinterpretar la noción de «doble enjuiciamiento», Alarcón opta por reinterpretar el contenido del derecho fundamental, considerando que solo operará cuando el segundo procedimiento contradiga lo juzgado por el primero, por lo que el derecho no quedará afectado cuando el posterior procedimiento administrativo se pronuncie sobre cuestiones no resueltas por el primero.

Parte de «entender que el derecho sólo significa prohibición de un segundo enjuiciamiento que pretenda sustituir al primero o que pudiera contradecir o apartarse de lo decidido explícita o implícitamente en el primero, sin haberlo anulado»; no se impediría, por ello, un segundo enjuiciamiento si «de ninguna manera pretende sustituir lo decidido en

(65) CANO CAMPOS, 2001, p. 225.

(66) E impedir así la preclusión. Invoca el autor la institución del «planteamiento de la tesis» recogida en el art. 733 LECrim (de muy discutible constitucionalidad desde el principio acusatorio, por cierto), citando además una sentencia del Tribunal Supremo que parece vincular el *non bis in idem* con aquella.

(67) CANO CAMPOS, 2001, p. 226. Idéntica línea de solución propone PÉREZ MANZANO, 2003, p. 14.

el primero, sino completarlo sin contradicción alguna». Así, «cuando el primer enjuiciamiento es un proceso y ha acabado con resolución judicial firme, el derecho coincide exactamente con la cosa juzgada material de esa resolución (...) pero la cosa juzgada sólo cubre lo realmente juzgado y hay que tener en cuenta que el juez penal ha resuelto sobre *toda la responsabilidad penal* de un sujeto por unos hechos, pero no ha juzgado ni podía juzgar si hay o no infracciones administrativas. Sobre esto no se pronuncia ni explícita ni implícitamente», por lo que «es seguro que el procedimiento administrativo sancionador ulterior no supone sustituirla ni alterarla en ningún aspecto. No supone, por tanto, un nuevo enjuiciamiento de lo ya resuelto porque lo que se trata de decidir es si se ha cometido una determinada infracción administrativa, no un delito, aspecto que ha quedado absolutamente impregunado en el proceso penal»⁽⁶⁸⁾.

En consecuencia, concluye esta autora que «si la resolución penal no condenó (casos de la sentencia absolutoria y el auto de libre sobreseimiento), cabe que se siga (se reanude o se inicie) el procedimiento administrativo que puede acabar perfectamente con sanción, pues ello, si respeta los hechos probados, no contradice en nada a la resolución judicial (...) (E)se concreto enjuiciamiento no está vedado por el derecho fundamental analizado»⁽⁶⁹⁾.

Si la realidad te estorba, inventa una realidad distinta. Quizá resulte exagerado atribuir esa estrategia a los autores citados, pero considero que, en esencia, no estaría falto de razón. La original tesis de Cano, más allá de lo forzado que resulta el paralelismo con el instituto del planteamiento de la tesis⁽⁷⁰⁾, se asienta en la ficción de considerar un solo enjuiciamiento lo que constituyen dos procedimientos distintos encomendados a la competencia de dos distintos órganos y que carecen de todo vínculo de comunicación⁽⁷¹⁾. Ciertamente, de ese modo es muy sencillo soslayar el obstáculo de la prohibición de doble procesamiento: basta entender que solo hay uno.

Y similar, como digo, es la táctica planteada por Alarcón, al dotar a dicha prohibición de un contenido *ad hoc* con el fin de coonestarlo con la justificación de un segundo enjuiciamiento administrativo, pero que no se corresponde con el alcance atribuido al derecho por el TEDH. En realidad, ambas posiciones pisan un suelo común: como «la jurisdicción penal hace un enjuiciamiento parcial de los hechos» (Cano), el posterior enjuiciamiento administrativo no constituirá «un nuevo enjuiciamiento de lo ya resuelto porque lo que se trata de decidir es si se ha cometido una determinada infracción administrativa, no un delito» (Alarcón)⁽⁷²⁾. La diferencia es que mientras para el primer autor no habría un *bis*, para la segunda no habría un *idem*. En realidad, lo que vienen a hacer —especialmente Alarcón— es adoptar un criterio puramente jurídico de la identidad, el mismo que la Gran

(68) ALARCÓN, 2008, pp. 185-186.

(69) ALARCÓN, 2008, p. 188.

(70) Así también ALONSO 2005, p. 37.

(71) Por eso sería quizá preferible un modelo como el alemán que permite al juez penal imponer sanciones administrativas en los casos de conexión objetiva entre el ilícito penal y el administrativo. Proponen esa solución DE LEÓN VILLALBA, 1998, p. 584; PÉREZ MANZANO, 2003, p. 14; o ALONSO, 2005, p. 37.

(72) Por ello lo afirmado por ALONSO, 2005, p. 37, de la tesis de Cano es perfectamente aplicable a la de Alarcón: decir que «el enjuiciamiento penal es parcial porque sólo contempla los hechos desde la perspectiva jurídico— penal (...) reduciría a la nada el principio que nos ocupa».

Sala del TEDH ha rechazado expresamente en *Zolotoukhine*⁽⁷³⁾. Expresado sintéticamente: la «cosa» juzgada son los hechos, no su calificación jurídica. En definitiva, ninguna de dos concepciones expuestas es compatible con el contenido del derecho al *non bis in idem* establecido en el artículo 4 P 7, ni pueden servir, por ello, para soslayar las consecuencias de su asunción.

Por lo demás, si lo afirmado hasta aquí es correcto, surge otra conclusión de más calado, ya anunciada: las previsiones legales que permiten la reapertura del procedimiento administrativo sancionador tras una resolución firme absolutoria, ya sea por inexistencia del hecho, ya sea por su calificación jurídica, no son conformes a la Constitución.

VII. CONCLUSIONES

Con lo afirmado hasta ahora tan solo se ha pretendido enunciar un problema, no resolverlo. La obligada incorporación de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a no sufrir un *bis in idem* ha de conllevar notables y sustanciales alteraciones tanto en la doctrina del TC como en el propio sistema jurídico sancionador actualmente vigente. Sin perjuicio de las modulaciones que quepa efectuar en su aplicación práctica, de las matizaciones que puedan oponerse a la fragmentaria relación expuesta en estas páginas, y de lo discutible que pueda resultar a cada cuál la propia jurisprudencia de Estrasburgo, las consecuencias derivadas de tal incorporación habrían de seguir el siguiente esquema:

1. El principio de *non bis in idem* incorpora dos reglas:
 - a) Prohibición de doble procesamiento: prohíbe la incoación de un nuevo procedimiento sancionador, ya penal ya administrativo, por unos hechos ya enjuiciados por resolución firme, ya penal ya administrativa. Conforman un derecho fundamental recogido en el art. 24.2 CE.
 - b) Prohibición de doble sanción: prohíbe que se sancione dos veces con un mismo fundamento y por un mismo hecho en un solo proceso (la prohibición de doble sanción en dos procesos ya estaría garantizada por la regla anterior, a salvo de excepcionales supuestos de identidad sólo parcial del hecho). Conforman un derecho fundamental recogido en el art. 25.1 CE.
2. La prohibición de doble procesamiento impone al órgano judicial o administrativo que se enfrente al enjuiciamiento de hechos ya juzgados por resolución judicial o administrativa firme la no iniciación de un segundo procedimiento o, en su caso, la paralización inmediata del iniciado tan pronto como tenga noticia de la resolu-

(73) Ello parece llevar su posición hasta el extremo de negar incluso la dualidad de castigos en caso de sucesión de sanción penal a la administrativa aun cuando concurrieran los mismos hechos y el mismo bien jurídico, por lo que no existiría ni siquiera necesidad de compensar la sanción impuesta en primer lugar. Cfr. p. 197: «conforme al criterio que ensayamos sólo se vulneraría el derecho a no sufrir doble enjuiciamiento si en el proceso penal tratara de sustituirse de alguna forma la decisión administrativa firme previa. Por tanto, no se plantea la posible vulneración este derecho si en el proceso penal se trata de condenar por un delito concurrente distinto de la infracción ya sancionada por la Administración. *No hay doble castigo prohibido, porque no hay identidad total*, ni hay doble proceso prohibido, porque el segundo no pretende sustituir ni revisar en nada al anterior» (énfasis añadido).

ción. La vulneración del derecho supondrá la nulidad del segundo procedimiento y, en su caso, de la resolución recaída en el mismo, con independencia de si la sanción que hubiera llegado a imponerse es más o menos grave que la impuesta en el primer procedimiento.

3. 1. El principio de prevalencia de la jurisdicción penal no guarda conexión lógica ni teleológica con el principio *non bis in idem*. Ni con la prohibición de doble procesamiento, que al venir infringido siempre por el órgano que inicia el segundo procedimiento sancionatorio parte de un criterio puramente cronológico; ni con la prohibición de doble sanción, por cuanto su alcance queda restringido a la concurrencia de sanciones en una única causa, no a la concurrencia de procedimientos.
2. El principio de prevalencia incorpora dos reglas, no derivadas del derecho fundamental:
 - a) La subordinación de la Administración a los hechos declarados probados por el juez penal, como garantía para el ciudadano derivada del más reforzado estándar de presunción de inocencia (derivado a su vez de la mayor gravedad de la sanción penal).
 - b) La obligación de la Administración de paralizar el procedimiento sancionador cuando concurren indicios de delito, derivada de la regla anterior.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*; Iustel, Madrid, 2008.
- ALCÁCER GUIRAO, R., «Taxatividad, reserva de ley y cláusulas de lesividad en las normas penales en blanco. Consideraciones al hilo de la STC 101/2012, de 8 de mayo», *La Ley* 7922 (2012), pp. 1 ss. (Versión digital).
- ALONSO MAS, M.J., *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- BENLLOCH PETIT, «El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el derecho disciplinario», *Revista del Poder Judicial* 51 (1998), pp. 1 ss. (Versión digital).
- CAAMAÑO, F., *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- CARPIO BRIZ, D., «Europeización y reconstitución del *non bis in idem* - efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia de 10 febrero 2009», *Revista General de Derecho Penal* 14 (2010), p. 1 ss. (Versión digital).
- DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance de del principio 'ne bis in idem'*, Bosch, Barcelona, 1998.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., «La vertiente formal de la prohibición del *bis in idem* y sus (discutibles) límites», *La Ley* n.º 6766 (2007), pp. 1 ss. (versión digital).
- GIMENO SENDRA, V., «Prejudicialidad administrativa y 'non bis in idem' en el proceso penal», *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006, pp. 854 ss.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

- MARINA JALVO, B., «La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non *bis in idem*», *Revista de Administración Pública* 162 (2003), pp. 175 ss.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Y., «La revisión del principio de no concurrencia de sanciones tributarias a la luz de la normativa y jurisprudencia europea», *Crónica Tributaria* 139 (2011), pp. 107 ss.
- NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2012, 5.^a edición.
- PÉREZ MANZANO, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- PÉREZ MANZANO, M., «Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero», en *La Ley* n.º 5802 (2003) p. 1652 ss. (Versión digital).
- PUERTA SEGUIDO, F./BELTRÁN DE FELIPE, M., «Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el *ne bis in idem*», *Revista Española de Derecho Constitucional* 71 (2004), pp. 363 ss.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «'Ne bis in idem': ¿garantía del ciudadano o norma de competencia?», *Revista Jurídica de la comunidad Valenciana* 6 (2003), pp. 51 ss.
- RUIZ ZAPATERO, G., «El TEDH y el *bis in idem* en el ámbito tributario», *Quincena fiscal Aranzadi* 22 (2009), pp. 1 ss. (Versión digital).
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.
- SINNER, S., en: Karpenstein, U./Mayer, F.C., *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar*, C.H. Beck, Múnich, 2012.

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) **Cuestiones prejudiciales.**
 - E) **Medidas cautelares.**
 5. MERCADO INTERIOR.
 - A) **Libre circulación de mercancías.**
 - B) **Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.**
 - C) **Libre circulación de trabajadores y personas.**
 - D) **Libre circulación de capitales.**
-

1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del TJUE seleccionada en la presente crónica no contiene doctrina 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 (Sala Segunda) de 30 de mayo de 2013, en el asunto C-168/13 PPU, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, en virtud del artículo 267 TFUE, por el Conseil constitutionnel (Francia), reflexiona sobre el principio de reconocimiento mutuo.

Con su cuestión el tribunal remitente preguntó en sustancia si los artículos 27, apartado 4, y 28, apartado 3, letra c), de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (en lo sucesivo, «Decisión marco»), deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que los Estados miembros prevean un recurso suspensivo de la ejecución de la resolución de la autoridad judicial que se pronuncia en un plazo de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, para dar su consentimiento, bien sea al enjuiciamiento, condena o detención de una persona con vistas a la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad por una infracción cometida antes de su entrega en ejecución de una orden de detención europea, distinta de la que motivó esa entrega, o bien a la entrega de una persona a un Estado miembro distinto del Estado miembro de ejecución, en virtud de una orden de detención europea emitida por una infracción cometida antes de esa entrega.

El Tribunal recuerda en su sentencia citada que la Decisión marco, según resulta en especial de su artículo 1, apartados 1 y 2, y de sus considerandos 5 y 7, tiene por objeto sustituir el sistema de extradición multilateral entre Estados miembros por un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de sentencias o de diligencias, basado en el principio de reconocimiento mutuo (véanse las sentencias de 29 de enero de 2013, Radu, C-396/11, Rec. p. I-0000, apartado 33, y de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, Rec. p. I-0000, apartado 36).

Así pues, dicha Decisión marco 2002/584 pretende, a través del establecimiento de un nuevo sistema simplificado y más eficaz de entrega de personas condenadas o sospechosas de haber infringido la ley penal, facilitar y acelerar la cooperación judicial de cara a la consecución del objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros (sentencias antes citadas Radu, apartado 34, y Melloni, apartado 37).

Para el Tribunal, el principio de reconocimiento mutuo, que constituye la «piedra angular» de la cooperación judicial, implica, con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la Decisión marco, que, en principio, los Estados miembros están obligados a ejecutar una orden de detención europea. En efecto, dichos Estados o están obligados a ejecutar o no pueden negarse a ejecutar tal orden y, fuera de los supuestos enumerados en los artículos 3 a 5 de esta Decisión marco, no pueden supeditar su ejecución a condiciones. De igual forma, según el artículo 28, apartado 3, de ésta, el consentimiento a una entrega ulterior sólo puede denegarse en esos mismos supuestos (véase la sentencia de 28 de junio de 2012, West, C-192/12 PPU, Rec. p. I-0000, apartado 55 y jurisprudencia citada), y únicamente esos supuestos pueden justificar la denegación del consentimiento a la ampliación de la orden de detención europea a una infracción cometida antes de la entrega de la persona perseguida, distinta de la que motivó esa entrega, conforme al artículo 27, apartado 4, de la Decisión marco.

Aun en el marco del procedimiento penal de persecución o de ejecución de la pena o de la medida de seguridad privativas de libertad, o también en el marco del procedimiento penal de fondo, que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Decisión marco y del Derecho de la Unión, los Estados miembros siguen estando obligados a respetar los derechos fundamentales según los reconocen el CEDH o su Derecho nacional, incluido

en su caso el derecho a una doble instancia de las personas declaradas culpables de una infracción penal por un tribunal.

Como razona el Tribunal, dicha obligación refuerza precisamente el grado de confianza elevado entre los Estados miembros y el principio de reconocimiento mutuo en el que se apoya el mecanismo de la orden de detención europea y justifica los términos del décimo considerando de la Decisión marco, a cuyo tenor la aplicación del mecanismo de la orden de detención europea sólo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros, de los principios contemplados en el artículo 6 UE, apartado 1, constatada por el Consejo en aplicación del artículo 7 UE, apartado 1, con las consecuencias previstas en el apartado 2 del mismo artículo.

En efecto, el principio de reconocimiento mutuo en el que se sustenta el sistema de la orden de detención europea descansa a su vez en la confianza recíproca entre los Estados miembros en que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en particular en la Carta, de modo que las personas objeto de una orden de detención europea podrán hacer uso de los medios de recurso previstos en el ordenamiento jurídico del Estado miembro de emisión que les permitan impugnar la legalidad del procedimiento penal de persecución o de ejecución de la pena o de la medida de seguridad privativas de libertad, o también la del procedimiento penal de fondo que haya conducido a esa pena o medida de seguridad (véase por analogía la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Aguirre Zarraga, C-491/10 PPU, Rec. p. I-14247, apartados 70 y 71).

3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica pueden destacarse las siguientes resoluciones por orden cronológico.

La **STJUE de 30 de mayo de 2013, As. C-488/11, Asbeek Brusse y de Man Garabito**, recuerda la necesidad de una aplicación e interpretación uniformes de los actos de la Unión (como también hace la **STJUE de 27 de junio de 2013, As. C-320/12, Malaysia Dairy Industries**), lo que excluye que éstos sean considerados de manera aislada en una de sus versiones, exigiendo, por el contrario, que sean interpretados en función tanto de la voluntad real de su autor, como del objetivo perseguido por éste a la luz, en particular, de las versiones adoptadas en todas las demás lenguas oficiales.

Por su parte, en cuanto al examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula contractual, hay que partir del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que señala que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. A partir de ahí, las **SSTJUE de 30 de mayo de 2013, As. C-488/11, Asbeek Brusse y de Man Garabito**, y **As. C-397/11, Jörös**, recuerdan que el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que también incluye la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. De ese modo, cuando el juez

nacional sea competente, según las normas procesales internas, para examinar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las normas nacionales de orden público, también deberá ejercer esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios enunciados por la Directiva en cuestión, el posible carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de ésta. A mayor abundamiento, el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula puede también deducir todas las consecuencias de esa comprobación para cerciorarse de que el consumidor no quede vinculado por esa cláusula. Y ello, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula.

Por su parte, la **STJUE de 25 de junio de 2013, As. C-241/11, Comisión c. República Checa**, señala que un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión. Y la **STJUE de 27 de junio de 2013, As. C-457/11, VG Wort**, repasa la importancia de la interpretación conforme del Derecho nacional en la medida en que permite a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelvan los litigios de que conozcan. Y la obligación en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar su Derecho interno de conformidad con la directiva nace únicamente a partir de la expiración del plazo de transposición de ésta.

Finalmente, dos pronunciamientos repasan sendas reglas hermenéuticas en el ámbito de la Unión. En primer lugar, la **STJUE de 11 de julio de 2013, As. C-409/11, Csonka y otros**, señala que, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión, debe tenerse en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte. En segundo, según la **STJUE de 18 de julio de 2013, As. C-265/12, Citroën Belux**, toda medida nacional que se adopte en un ámbito armonizado exhaustivamente a escala de la Unión no debe apreciarse a la luz de las disposiciones del Derecho primario, sino de aquellas de la mencionada medida de armonización.

4. RECURSOS

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

En la presente crónica de jurisprudencia no se observa un cambio sustancial de la jurisprudencia comunitaria relativa a los recursos de omisión y anulación. No obstante, vamos a poner de relieve algunas de las sentencias recaídas en estos recursos durante el marco temporal al cual se adscribe la presente crónica.

Podemos comenzar recordando la interesante sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 28 de mayo de 2013, Abdulvasit Abdulrahim/Consejo y Comisión, C-239/12 P, por medio de la cual se anuló el auto del Tribunal General de la Unión Europea de 28 de febrero de 2012, Abdulrahim/Consejo y Comisión (T-127/09), que acordaba el sobreseimiento del recurso de anulación interpuesto pues, aunque el acto impugnado había dejado de producir efectos tras la interposición del recurso (la supresión del nombre del recurrente de la lista de personas asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes), la ilegalidad alegada procuraba un beneficio al recurrente como podría ser el logro de un resarcimiento moral.

El Tribunal de Justicia (Sala Quinta), en su sentencia de 18 de julio de 2013, Schindler Holding y otros/Comisión, C-501/11 P, recordó la línea jurisprudencial establecida, y tantas veces reiterada, que en el marco de un recurso de anulación, la legalidad del acto impugnado debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de derecho que existían en la fecha en que ese acto fue adoptado. Por su parte, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) en su sentencia de 23 de abril de 2013, Gbagbo/Consejo, asuntos acumulados C-478/11 P a C-482/11 P, sostuvo que la comunicación de un acto a personas y entidades cuando no sea posible realizarlo en sus direcciones de forma directa para que tengan conocimiento efectivo (en este supuesto Costa de Marfil) puede hacerse en el Diario Oficial de la Unión Europea. Y a partir de esa fecha comienzan los plazos para solicitar su anulación. No obstante, respecto los plazos de interposición del recurso de anulación, el Tribunal General (Sala de Casación) en su sentencia de 9 de julio de 2013, Arango Jaramillo y otros/BEI, RENV-RXT-234/11 P, sostuvo que no cabe sin más declarar como inadmisibles la interposición de un recurso de anulación por haberlo presentado unos segundos después de finalizar el plazo, pues, hay que atender a las circunstancias de caso concreto, la trascendencia del litigio para los recurrentes, la complejidad del asunto y el comportamiento de los recurrentes. El Tribunal General (Sala Primera) en su sentencia de 18 de junio de 2013, Fluorsid y Minmet/Comisión, T-404/08, determinó que si bien no puede ser objeto de un recurso de anulación las medidas de naturaleza puramente preparatorias de una decisión de la Comisión, no obstante, si que podrían alegarse las posibles ilegalidades de que estuvieran viciadas en apoyo del recurso dirigido contra el acto definitivo del que constituyen una fase de elaboración.

Respecto las sentencias y autos en las que una de las partes es originaria del Reino de España podemos recordar el auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 6 de junio de 2013, Faet Oltra/Defensor del Pueblo Europeo, C-535/12 P, en el cual el Tribunal de Justicia recordó que mientras que las instituciones y los Estados miembros están legitimados para interponer un recurso de anulación sin tener que demostrar que tienen interés en ejercitar la acción. Sin embargo, cuando el recurso de anulación lo interpone una persona física o jurídica, esta debe demostrar que el acto recurrido puede afectar a sus intereses modificando sustancialmente su situación jurídica. En este asunto se enjuiciaba la anulación del auto del Tribunal General de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2012 por el que se declaraba la inadmisibilidad manifiesta del recurso presentado por el señor Faet Oltra respecto la anulación de la decisión del Defensor del Pueblo Europeo, de 23 de febrero de 2012, que desestimaba su reclamación frente la negativa de la Comisión Europea a incoar un procedimiento por incumplimiento contra el Reino de España. Otra sentencia que recordamos es la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) de 14 de mayo de 2013, Sanco/OAMI-Marsalman, T-249/11, por medio de la cual se anuló una marca comunitaria que representa un pollo casi idéntica a la marca de una empresa con sede en Barcelona pues no se había atendido por la OAMI, de forma errónea, de la similitud de los productos y servicios entre ambas marcas lo cual llevaría a la confusión de los clientes. Otra sentencia recaída en un recurso de anulación, y muy importante por sus efectos económicos, es la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 11 de julio de 2013, España Comisión, T-358/08, desestimando la petición del Reino de España de la anulación de la decisión de la Comisión por medio de la cual se reducía la ayuda otorgada con cargo del Fondo de Cohesión al saneamiento de aguas residuales de la ciudad

de Zaragoza. La Comisión en su decisión constataba que se había producido un fraude al haberse dividido los contratos de obras para no sobrepasar el umbral de tal forma que no se publicaran los anuncios de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea. El problema radica en el hecho de que hay que devolver un montante de 3.106.986 euros a través de un reembolso. Finalmente, el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (Sala Segunda) por medio de un auto de 24 de junio, Mateo Pérez/Comisión, F-144/11, sostuvo que con carácter excepcional, la convocatoria de una oposición puede ser objeto de un recurso de anulación cuando, al establecer requisitos que excluyan la candidatura del demandante, constituya para el demandante una decisión lesiva.

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) Cuestiones prejudiciales

Cuatro han sido los tópicos principales referidos al mecanismo prejudicial sobre los que ha tenido que pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión durante el período que comprende esta crónica, a saber: *a)* la posibilidad, o no, de *apertura o reapertura de la fase oral* de este tipo de procedimientos; *b)* los motivos que pueden justificar la *tramitación urgente* de una cuestión prejudicial; *c)* el alcance de la *competencia* del propio Tribunal de Justicia para examinar este tipo de asuntos; y *d)*, y muy destacadamente, la *admisibilidad-inadmisibilidad* de las cuestiones prejudiciales.

Así y en cuanto a lo primero, esto es, *la posibilidad o no de reabrir la fase oral del procedimiento prejudicial*, bastará señalar aquí que, con buen criterio y conforme a su reiterada jurisprudencia al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión, en su **Sentencia de 18 de julio de 2013, Vodafone Omnitel, as. C-228/12**, viene a recordarnos (v., apdos. 24 a 29 de la misma): *a)* que dicha posibilidad, en efecto, existe y que se encuentra reconocida en el art. 83 del Reglamento de Procedimiento del propio Tribunal de Justicia; *b)* que, no obstante lo anterior, la activación o no de esta posibilidad es competencia exclusiva y discrecional del propio Tribunal comunitario («...podrá ordenar...»), eso sí, una vez escuchado el parecer (no vinculante) del Abogado General y, en particular, cuando estime que la información de que dispone es insuficiente o cuando una parte en el procedimiento haya invocado ante él (tras el cierre de esta fase oral) un hecho nuevo que pueda influir decisivamente en su resolución; *c)* que, en contra de la opinión sostenida por la parte peticionaria (Fastweb) y en este asunto concreto, «...el Tribunal de Justicia considera, tras oír al Abogado General, que dispone de todos los elementos necesarios para responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente y que el nuevo hecho mencionado por Fastweb no puede influir decisivamente en la resolución prejudicial del Tribunal de Justicia...»; *d)* que, así las cosas y en lógica consecuencia, «...procede desestimar la solicitud de Fastweb de que se abra la fase oral...» del procedimiento prejudicial.

En segundo término, y por lo que respecta a *los motivos que pueden justificar la tramitación urgente de una cuestión prejudicial*, el Tribunal de Justicia de la Unión, en su **Sentencia de 30 de mayo de 2013, F, as. C-168/13 PPU**, nos informa de algunos de ellos, entre los que destacarían (según el propio tenor literal de los apdos. 28 a 32 de esta Sentencia): *a)* que la remisión prejudicial tenga por objeto la interpretación de una norma (en este caso una Decisión marco) que forme parte de la materias reguladas en la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su Título V (es decir, el relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia); *b)* que, en particular, el demandante en el asunto principal se encuentre privado de libertad; y *c)* que la solución a este asunto principal pueda tener una incidencia «...no menor...» en la duración de esa privación de libertad. Siendo así que, en este caso concreto (v., apdo. 32 de aquella sentencia) y dado que se verifican los anteriores requisitos, la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión decide (el 10 de abril de 2013), a propuesta del Juez Ponente y oído el Abogado General: «...acceder a la solicitud del tribunal remitente de que la petición de decisión prejudicial se tramite mediante el procedimiento de urgencia...».

En tercer lugar, y en lo que atañe al *alcance de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia*, bastará insistir en la idea de que, con carácter general, a él le incumbe dar respuesta a cualesquiera cuestiones de esta índole y que se encuentren relacionadas con el Derecho comunitario; si bien es cierto que, al tratarse éste de un mecanismo colaborativo (y no jerárquico) entre órganos jurisdiccionales (nacional y de la Unión), ciertos asuntos, estrictamente internos, pueden —e incluso deben— escapar a su competencia (justamente por adolecer de aquella relación con el Derecho europeo).

Pues bien, en la **STJUE de 20 de junio de 2013, Impacto Azul, as. C-186/12** y en respuesta a la alegación formulada por una de las partes en el procedimiento (en concreto, la BPSA 9), el Tribunal de Justicia de la Unión regresa sobre este tópico prejudicial para reiterar y declarar que, en efecto (v., apdo. 18 de esta Sentencia), excede a su competencia el conocimiento de cuestiones prejudiciales «...puramente internas...»; o, por mejor decir, aquéllas en las que «...es evidente que la disposición de Derecho de la Unión sometida a su interpretación [prejudicial] no puede aplicarse...». Ahora bien, y en este caso concreto (v., apdo. 20 de la Sentencia), ocurre que, siendo cierto que de la resolución de remisión (prejudicial) se desprende que la parte alegante (BPSA 9) tiene su domicilio social en Portugal y que, por lo mismo, la aplicabilidad de la legislación controvertida en el litigio principal «...se circunscribe...» a dicho Estado miembro, no es menos cierto que su sociedad matriz (Bouygues Immobilier) se encuentra establecida «...en Francia...». Dato, éste, que permite apreciar al Tribunal de Justicia «...un elemento transfronterizo...» y, por ende, «...el requisito previo indispensable para invocar las libertades de circulación garantizadas por el Tratado...» y por el Derecho original de la Unión. En suma, y en este caso concreto, el Tribunal de Justicia comunitario concluye, en cuanto al examen de su propia competencia, que: «...no puede considerarse que la cuestión se refiera a una situación puramente interna, como sostiene BPSA 9...»; de modo y manera tales que se declara «... competente para examinar...» la cuestión prejudicial planteada.

Por último, y ocupando un lugar especialmente destacado, hemos de aludir a la temática de *la admisibilidad-inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales*. Un argumento hartamente conocido para cualquiera que se haya aproximado al mecanismo prejudicial y que, cada vez más, ocupa —e incluso puede decirse que monopoliza— el tiempo del Tribunal

de Justicia en lo que a este mecanismo se refiere. Así, baste mencionar como dato ilustrativo que en más del diez por ciento de los pronunciamientos examinados en esta crónica, los motivos o razones de (in)admisión prejudicial asoman como la primera y principal alegación de las partes (principalmente los Estados). Bien es cierto que, en la mayoría de los casos —y esto constituye una constante—, estas alegaciones no han prosperado y tan sólo han servido para que el Tribunal de Justicia reitere la que viene siendo su ya consolidada jurisprudencia sobre este particular. Así ocurre, por ejemplo, en las SSTJUE de 4 de junio de 2013, ZZ, as. C-300/11; de 18 de julio de 2013, *Daiichi Sankyo y Sanofi-Aventis Deutschland*, as. C-414/11; de 30 de mayo de 2013, *Arslan*, as. C-534/11; de 6 de junio de 2013, *Donau Chemie y otros*, as. C-536/11; de 30 de mayo de 2013, *Genil 48 y Comercial Hostelera de Grandes Vinos*, as. C-604/11; de 30 de mayo de 2013, X, as. C-651/11; de 11 de julio de 2013, *Belgian Electronic Sorting Technology*, as. C-657/11; de 13 de junio de 2013, *Promociones y Construcciones BJ 200*, as. C-125/12; y de 20 de junio de 2013, *RODOPI-M 91*, as. C-259/12.

Una consolidada jurisprudencia —y unas sentencias— donde, en resumen, viene a establecerse: *a)* que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional (que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse), apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia; *b)* que, por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio (regla general), obligado a pronunciarse sobre la misma; *c)* que, no obstante lo anterior y en «...supuestos excepcionales...», a este mismo Tribunal le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él, con objeto de verificar su propia competencia; y *d)* que, a la luz de este examen, el Tribunal de Justicia de la Unión «...sólo...» podrá negarse a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho-Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.

En este estado de cosas, y puesto que la admisión (así como la obligación de pronunciarse) sobre las peticiones prejudiciales constituye la regla general establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión, la única sentencia que hemos considerado digna de comentario en esta crónica es la STJUE de 27 de junio de 2013, *Di Donna*, as. C-492/11; y ello por un doble motivo. En primer lugar, y justamente, porque se aparta de aquella regla general antes apuntada, para concluir inadmitiendo la cuestión prejudicial planteada (o, en estricto rigor jurídico, para declarar la innecesariedad de dar respuesta a la misma). Y en segundo término porque lo hace, además, con base en una circunstancia o eventualidad interna (el dictado de una sentencia por parte de un Tribunal Constitucional nacional) y no de Derecho comunitario.

En efecto, lo llamativo de este pronunciamiento y el motivo por el cual es merecedor de una especial atención para nosotros es doble. De un lado, porque sucede aquí que, a diferencia de la mayoría de las peticiones prejudiciales en las que se alega motivo o motivos de inadmisión (que son cada vez más habituales y, por lo mismo, sistemáti-

camente rechazados), el Tribunal de Justicia de la Unión, en este caso concreto, sí que aprecia la existencia de uno de ellos, a saber: el de la innecesariedad o inutilidad de su posible respuesta (v., apdos. 29 y 31 de la antedicha Sentencia). Pero también, y de otro lado, llama la atención de este pronunciamiento, que el Tribunal de Justicia de la Unión llegue a este desenlace con base en un acontecimiento interno o nacional y no comunitario. Nos estamos refiriendo al dictado de una Sentencia del Tribunal Constitucional italiano (de 24 de octubre de 2012) donde, en esencia y en lo que ahora importa, se anulan —por inconstitucionales— ciertos preceptos de la norma nacional (el Decreto Legislativo n.º 28/2010, de 4 de marzo) por los que se interpelaba en la cuestión prejudicial. Dicho de otro modo: estamos ante un supuesto muy poco frecuente en el que el Tribunal de Justicia de la Unión inadmite una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional interno y remitente (el *Giudice di pace di Mercato San Severino*, Italia) con base en una resolución adoptada con posterioridad por otro juez interno (el Tribunal Constitucional italiano) y que torna inútil —y por ende inadmisibile *ex post*— la cuestión prejudicial planteada. Y ello, incluso, pese a la insistencia e interés —cierto es que no adecuadamente motivado— del juez interno y remitente por obtener aquella respuesta prejudicial. De aquí, en fin, la casi obligada inclusión de este pronunciamiento en esta crónica.

E) Medidas cautelares

Ninguna de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en los últimos tres meses se ha pronunciado sobre elemento alguno de esta interesante temática del sistema jurisdiccional de la Unión, por lo que nada nuevo cabe reseñar al respecto.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En esta crónica analizaremos los pronunciamientos jurisprudenciales del semestre comprendido entre el 1 de marzo y el 1 de septiembre de 2013, en el cual se han generado tres pronunciamientos reseñables.

El primero de ellos **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala octava) de 7 de marzo de 2013; «Gábor Fekete», dictada en el asunto C-182/12**, dimanante de una cuestión prejudicial, en la cual se discute una exención total de derechos de importación sobre las mercancías comunitarias destinadas a ser reexportadas. Y en concreto, sobre las exenciones previstas en el Reglamento (CEE) n.º 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario.

El supuesto de hecho fue el siguiente: Un particular residente en Hungría y con doble nacionalidad húngara y guineana, decía ser fundador y presidente del patronato de la Fundación «Juntos por África», con sede en Guinea-Bisau. Esta fundación era propietaria de un vehículo de turismo marca Cadillac que el particular introdujo en el territorio de la Unión sin declaración aduanera bajo el régimen de importación temporal con exención total de derechos de importación. En 2011 el particular, fue objeto de un control por parte de la policía húngara, declarando entonces que no disponía de ninguna

autorización para utilizar dicho vehículo porque él mismo era el fundador y presidente del patronato de la referida Fundación. No obstante, consta la utilización del vehículo con fines privados. Dado que el Sr. Fekete no pudo justificar el estatuto aduanero del vehículo, la autoridad aduanera incoó de oficio un procedimiento a tal fin; y con aplicación del Código Aduanero, se liquidaron al particular unas tasas aduaneras y de IVA por valor de unos 7.000 euros.

El artículo 561.2, párrafo primero, del Reglamento aduanero señala que la concesión de una exención total de derechos de importación está supeditada al requisito de que la persona física sea empleada del propietario del medio de transporte establecido fuera de dicho territorio, o que esté «autorizada de cualquier otro modo» por el propietario de dicho medio de transporte. Sin embargo, en caso de una utilización del vehículo con fines privados (como sucedía en este caso), el párrafo segundo de este artículo precisa que el uso privado debe figurar estipulado en el contrato de trabajo. Para el TJUE, el mencionado artículo 561.2 del Reglamento (CEE) n.º 2454/93 de la Comisión, de 2 de julio de 1993, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 2913/92 del Consejo, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 993/2001 de la Comisión, de 4 de mayo de 2001, debe interpretarse en el sentido de que la exención total de derechos de importación prevista en esta disposición para un medio de transporte utilizado con fines privados por una persona establecida dentro del territorio aduanero de la Unión Europea sólo puede concederse si dicho uso privado se halla estipulado en un contrato de trabajo entre esa persona y el propietario del vehículo establecido fuera de dicho territorio.

En segundo lugar, la **STJUE (Sala Segunda) de 6 de junio de 2013, «Paltrade», dictada en el Asunto C-667/11**, cuyo origen está también en una cuestión prejudicial sobre productos importados de China; y en concreto las condiciones de recaudación retroactiva de los derechos antidumping en el marco del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 723/2011 del Consejo, de 18 de julio de 2011, por el que se amplía el derecho antidumping definitivo establecido por el Reglamento (CE) n.º 91/2009 a las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de la República Popular China a las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de Malasia, hayan sido declarados o no originarios de Malasia («Reglamento de Ejecución»), a raíz de una investigación de elusión en el sentido del artículo 13 del Reglamento (CE) n.º 1225/2009 del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea («Reglamento de base»).

Para el Tribunal, el artículo 14.5 del Reglamento (CE) n.º 1225/2009, al que remite el artículo 2 del Reglamento (UE) n.º 966/2010 de la Comisión, de 27 de octubre de 2010, por el que se abre una investigación relativa a la posible elusión de las medidas antidumping impuestas por el Reglamento (CE) n.º 91/2009 del Consejo a las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de la República Popular China por las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de Malasia, hayan sido o no declarados originarios de este último país, y por el que se someten dichas importaciones a registro, debe interpretarse en el sentido de que las modalidades de registro como las controvertidas en el litigio principal son conformes con

dicha disposición y bastan, por tanto, para la recaudación retroactiva del derecho antidumping en virtud del artículo 1 del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 723/2011, por el que se amplía el derecho antidumping definitivo establecido por el Reglamento (CE) n.º 91/2009 a las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de la República Popular China a las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de Malasia, hayan sido declarados o no originarios de Malasia, como consecuencia de una investigación que lleve a la conclusión de que existe elusión de los derechos antidumping definitivos establecidos mediante el Reglamento (CE) n.º 91/2009 del Consejo, de 26 de enero de 2009, por el que se impone un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de la República Popular China.

Con arreglo al artículo 1.2 del Reglamento n.º 91/2009, el tipo del derecho antidumping ampliado recaudado retroactivamente respecto de las importaciones anteriores a la entrada en vigor del Reglamento de Ejecución n.º 723/2011 asciende al 85 % para «todas las demás empresas».

Y por último, la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de julio de 2013, «Harry Winston SARL»**, dictada en el **Asunto C-273/12** tiene, como la anterior, su origen en una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 206 del Reglamento (CEE) n.º 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario. En concreto, el supuesto de hecho que dio lugar a este pronunciamiento fue el siguiente: Tras un robo a mano armada con detención ilegal perpetrado en 2007, durante el cual fueron robadas joyas que se encontraban en régimen de depósito aduanero, la Administración aduanera francesa reclamó a la empresa Harry Winston (el legítimo propietario de las joyas), mediante providencia de apremio de 16 de noviembre de 2007, el pago de los derechos de aduana y del IVA aplicables a dichas mercancías. Después de actuar sin éxito en vía administrativa, Harry Winston demandó a la Administración aduanera, formulando una pretensión de anulación de la referida providencia de apremio. El Tribunal emitió dos pronunciamientos:

1.º) El robo de mercancías, cuando ocurra en circunstancias como las que son objeto del litigio principal, da origen a una deuda aduanera de importación, conforme a lo previsto en el artículo 203.1, del Código aduanero, y el robo de mercancías que se encuentran en régimen de depósito aduanero, no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 204.1 letra a), del Código. El artículo 203.1 del Reglamento (CEE) n.º 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario debe interpretarse en el sentido de que el robo de mercancía incluidas en régimen de depósito aduanero constituye, a efectos de esa misma disposición, una sustracción de dichas mercancías, la cual da origen a una deuda aduanera de importación. El art. 206 del referido Reglamento puede aplicarse únicamente a las situaciones en las que pueda originarse una deuda aduanera conforme a lo previsto en los arts. 202 y 204, apartado 1, letra a), del propio Reglamento.

2.º) En segundo lugar, sobre el devengo y exigibilidad del IVA, el artículo 71.1, párrafo segundo, de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA, debe interpretarse en el sentido de que el robo de mercancías que se encuentran en régimen de depósito aduanero conlleva que se produzcan el devengo y la exigibilidad del impuesto sobre el valor añadido.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

En este bloque y durante el período que analizados en esta crónica (del 1 de abril al 1 de septiembre de 2013), se han dictado un total de cuatro sentencias.

En primer lugar, la **STJUE (Sala Novena), de 20 de junio de 2013, «Impacto Azul Lda», (asunto C-186/12)**, cuyo origen es una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial portugués, dimanante de la inexecución de un contrato entre las dos empresas litigantes; y en concreto la compatibilidad del Código de Sociedades portugués con el Derecho comunitario, que excluye de la aplicación del principio de responsabilidad solidaria de las sociedades matrices frente a los acreedores de sus filiales a las sociedades matrices que tengan su domicilio social en el territorio de otro Estado miembro. Sin embargo, el TJUE estima compatible la normativa portuguesa con el derecho de la Unión.

En segundo lugar, la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala octava) de 18 de julio de 2013, «Vodafone Omnitel y otros» (Asuntos acumulados C-228/12 a C-232/12 y C-254/12 a C-258/12)**, cuyo origen es también una cuestión prejudicial planteada desde Italia, y donde se declara la compatibilidad de la legislación italiana con la Directiva sobre comunicaciones electrónicas. En concreto, el artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual las empresas que prestan un servicio o suministran una red de comunicaciones electrónicas han de abonar una tasa destinada a financiar la totalidad de los gastos soportados por la autoridad nacional de reglamentación que no estén cubiertos por el Estado, cuyo importe se determine en función de los ingresos realizados por dichas empresas, siempre que dicha tasa se destine exclusivamente a cubrir los gastos resultantes de las actividades mencionadas en el apartado 1, letra a), de este artículo, que el total de los ingresos obtenidos en virtud de dicha tasa no supere el total de los gastos correspondientes a estas actividades y que la referida tasa se reparta entre las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional remitente.

A continuación, la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de julio de 2013, «Gardella» (Asunto C-233/12)**, proviene también de una cuestión prejudicial formulada desde Italia en relación a la posible colisión entre la normativa italiana y el derecho de la Unión sobre empleados públicos; y en concreto sobre transferencia de derechos pasivos.

Para el Tribunal, los artículos 45 y 48 del TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro que no permita a sus nacionales empleados en una organización internacional situada en territorio de otro Estado miembro, como lo es la Oficina Europea de Patentes, transferir al régimen de seguridad social de dicha organización el capital correspondiente a los derechos a pensión que hayan adquirido con anterioridad en territorio del Estado miembro del que son originarios, cuando entre este último Estado miembro y la mencionada organización internacional no exista un acuerdo que contemple esa transferencia.

Cuando no puede aplicarse el mecanismo de transferencia, al régimen de pensiones de un nuevo empleador en un Estado miembro, del capital correspondiente a los derechos a pen-

sión previamente adquiridos en otro Estado miembro, el artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que no permita, a los efectos de generar el derecho a pensión de vejez, tomar en cuenta los períodos de empleo que un nacional de la Unión Europea haya cubierto en una organización internacional situada en territorio de otro Estado miembro, como lo es la Oficina Europea de Patentes.

Por último, la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de julio de 2013, «Sky Italia» (Asunto C-234/12)**, analiza un tema ya recurrente en esta materia, como es el porcentaje de publicidad en televisión. El origen de la sentencia es una cuestión prejudicial formulada desde Italia. El litigio tiene su origen en la multa impuesta a la cadena de pago Sky Italia por haber sobrepasado el tiempo máximo de publicidad. En concreto el núcleo de la discusión se centra en que la normativa italiana permite a los canales de pago un porcentaje de tiempo de publicidad menor que el permitido a los canales en abierto.

El TJUE, sin embargo, considera conforme al Derecho de la Unión la normativa enjuiciada. En concreto, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), el principio de igualdad de trato, y el artículo 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen, en principio, a una normativa nacional, como la analizada en el litigio principal, que establece límites horarios al tiempo de emisión de publicidad televisiva para los organismos de radiodifusión televisiva de pago inferiores a los establecidos para los organismos de radiodifusión televisiva en abierto, siempre que se respete el principio de proporcionalidad, extremo éste cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

C) Libre circulación de trabajadores y personas

a) Reconocimiento parcial de cualificaciones profesionales

La **STJUE de 27 de junio de 2013, Nasiopoulos, C-575/2011**, desarrolla la doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre la posibilidad de reconocimiento parcial de los títulos de los Estados miembros que acreditan cualificaciones profesionales. El reconocimiento de cualificaciones profesionales está regulado a través de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Pero fue la STJUE de 19 de enero de 2006, Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, As. C-330/03, la que admitió la posibilidad de un acceso parcial a las profesiones reguladas, limitado al ejercicio de una o varias actividades que abarca dicha profesión. Ello sucedería en los supuestos en los que el Estado de acogida exige una formación más completa que la que acredita el título expedido en el Estado miembro de origen. En el supuesto que resuelve la sentencia que ahora reseñamos, el litigio surge ante la negativa de las autoridades griegas de reconocer el derecho del Sr. Nasiopoulos a acceder a la profesión de fisioterapeuta, que requiere la posesión de un diploma de enseñanza superior expedido una vez finalizados unos estudios de una duración mínima de tres años. El Sr. Nasiopoulos ostenta únicamente un título alemán de masajista-especialista sanitario en hidroterapia, o lo que es lo mismo, un título alemán de enseñanza profesional de grado medio.

El Tribunal recuerda que el Derecho de la Unión Europea sólo exige un reconocimiento de acceso parcial a la profesión en los supuestos en los que el grado de diferenciación entre las dos profesiones sea tal que no pueda considerarse que se está ante una «misma profesión». Así, en el caso de que las dos profesiones sean «comparables», lo que procederá no es el reconocimiento parcial, si no la exigencia de que las lagunas de las que adolece la formación del solicitante en relación con la formación que se exige en el Estado miembro de acogida se colmen mediante la aplicación de las medidas compensatorias previstas en el art. 14, apartado 1, de la Directiva 2005/36, garantizando de este modo una completa integración del interesado en el sistema profesional del Estado miembro de acogida.

b) Concepto de residencia a los efectos de obtención de prestaciones de la seguridad social

La **STJUE de 16 de mayo de 2013, Wencel, As— c-589/10**, analiza un supuesto en el que la interesada se encuentra empadronada simultáneamente en Alemania y en Polonia. En virtud de ello, era beneficiaria de una pensión de viudedad alemana y de una pensión de jubilación reconocida en Polonia. Advertida esta situación, las autoridades polacas deciden revocar la pensión de jubilación. El recurso contra esta decisión es el origen de la cuestión prejudicial que motiva la sentencia que ahora reseñamos.

El Tribunal concluye que, en virtud del principio de unicidad de la legislación aplicable no puede admitirse, so pena de privar de toda eficacia al Reglamento 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan por la Comunidad, que a efectos de dicha norma una persona disponga simultáneamente de varios domicilios en distintos Estados miembros.

Ahora bien, en virtud del Reglamento n.º 1408/71, un organismo competente de un Estado miembro no puede legítimamente, en circunstancias como las del litigio principal, proceder a la revocación retroactiva del derecho a una pensión de jubilación del beneficiario y exigir el reembolso de las pensiones supuestamente pagadas con carácter indebido por razón de que éste cobra una pensión de supervivencia en otro Estado miembro en cuyo territorio también ha dispuesto de residencia. En cualquier caso, el importe de dicha pensión de jubilación percibida en el primer Estado miembro puede ser objeto de reducción con el límite del importe de las prestaciones percibidas en el otro Estado miembro en virtud de la aplicación de una posible norma nacional que prohíba la acumulación.

c) Ventajas sociales

La interesante **STJUE de 20 de junio de 2013, Giersch, As. C-20/12**, analiza la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europeo de una convocatoria de becas universitaria luxemburguesa. Dado que uno de los requisitos para obtención de dichas becas es residir en Luxemburgo, los hijos de los trabajadores fronterizos no tienen acceso a las mismas. Y se discute si esta discriminación está permitida por el Reglamento (CE) 1612/68, del Consejo, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad.

A fin de justificar la diferencia de trato de los trabajadores fronterizos en lo tocante a la concesión de la ayuda económica del Estado para estudios superiores, el Gobierno luxemburgués formula como justificación principal que la convocatoria de becas persigue incrementar, de manera significativa, la porción de los residentes que poseen un título de enseñanza superior en Luxemburgo. El porcentaje señalado de ésta, a saber, el 28 %, es, al decir del referido Gobierno, claramente inferior al porcentaje de los poseedores de tales diplomas que residen en Estados comparables al Gran Ducado de Luxemburgo, y dicho Gobierno considera que es necesario alcanzar un porcentaje del 66 % de titulados superiores entre la población residente para cumplir la exigencia, cada vez más acuciante, de garantizar la transición de la economía luxemburguesa a una economía del conocimiento.

El Gobierno luxemburgués alega que el beneficio de la ayuda económica del Estado para estudios superiores está reservado únicamente a las personas que residen en Luxemburgo, ya que son las únicas que, según dicho Gobierno, mantienen un vínculo con la sociedad luxemburguesa que permite la presunción de que, tras haber gozado de la posibilidad que ofrece el sistema de ayudas de que se trata de financiar sus estudios, seguidos, en su caso, en el extranjero, tales personas volverán a Luxemburgo con el fin de poner los conocimientos que hubieran así adquirido al servicio del desarrollo de la economía de dicho Estado miembro.

El TJUE concluye que una acción realizada por un Estado miembro para garantizar un elevado nivel de formación de su población residente y de promover el desarrollo de su economía persigue un objetivo legítimo que puede justificar una discriminación indirecta sobre la base de la nacionalidad. Del mismo modo, el requisito de residencia establecido es adecuado para conseguir el objetivo de promover la realización de estudios superiores y de incrementar, de manera significativa, la proporción de los poseedores de un título de enseñanza superior residentes en Luxemburgo. Ahora bien, pese a todo ello, el Tribunal declara que dicho requisito es contrario al Derecho de la Unión ya que va más allá de lo necesario, pues el mismo el objetivo de conseguir una probabilidad razonable de que los beneficiarios de la ayuda se establezcan en Luxemburgo y se pongan a disposición de dicho Estado miembro puede conseguirse con medidas menos restrictivas, tales como supeditar la no devolución de la beca a que el beneficiario trabaje y resida en Luxemburgo. Se añade, además que, «especialmente», se podría exigir periodos mínimos de trabajo en Luxemburgo a los padres de los beneficiarios.

D) Libre circulación de capitales

En el periodo analizado no se ha dictado ninguna sentencia relativa a la libre circulación de capitales.

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.**
 - a) Admisibilidad de la demanda.
 - 1) Especial relevancia constitucional por nueva doctrina sobre derechos fundamentales o preceptos constitucionales.
 - 2) Especial relevancia constitucional para aclarar la doctrina constitucional.
 - 3) Especial relevancia constitucional porque la vulneración del derecho fundamental que se denuncia proviene de una ley o de otra disposición de carácter general.
 - 4) Especial relevancia constitucional por una actuación de los tribunales contraria al ordenamiento constitucional.
 - 5) Especial relevancia constitucional por incumplimiento de la doctrina constitucional.
 - 6) Especial relevancia constitucional por tratarse de un recurso con una cuestión jurídica de relevante y general repercusión con consecuencias políticas generales.
 - 7) Especial relevancia constitucional para reiterar una doctrina constitucional.
3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS
 - A) **Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.ª CE), hacienda general (art. 149.1.14.ª CE): interpretación conforme con la Constitución de varios preceptos de la Ley general de subvenciones.**
 - B) **Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.ª CE): enumeración excesivamente minuciosa por parte del legislador estatal de los cargos municipales que tienen la condición de órganos directivos.**
 - C) **Competencia sobre legislación civil (art. 149.1.8.ª CE): competencia de la Comunidad Foral de Navarra para regular la convivencia estable more uxorio. Puntos de conexión y tráfico jurídico interregional.**

- D) **Competencia sobre legislación civil (art. 149.1.8.ª CE): la Comunidad de Madrid no puede regular los pactos ordenadores de la convivencia para las uniones de hecho. Carácter administrativo del registro de uniones de hecho.**
 - E) **Competencias sobre legislación procesal (art. 149.1.6.ª CE): nulidad del precepto legal autonómico que supedita la ejecución de sentencias a la previa resolución de un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración.**
-

1. INTRODUCCIÓN

En la presente crónica se analiza la doctrina más novedosa y relevante de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el segundo semestre del año 2013. Durante este período el Alto Tribunal ha dictado 28 sentencias resolviendo recursos de inconstitucionalidad, 4 cuestiones de inconstitucionalidad, 30 recurso de amparo y 6 conflictos positivos de competencia. Respecto de los recursos de amparo, el derecho fundamental más alegado es la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), aunque también se demanda, en una menor medida, la tutela de derechos como el acceso a cargos públicos (art. 23 CE), la igualdad (art. 14 CE), la intimidad (art. 18.1 CE) y el art. 25 CE. Es de destacar la importancia que el Tribunal Constitucional confiere a los recursos de amparo contra sentencias penales, y principalmente a los que tratan cuestiones penitenciarias o de penas privativas de libertad.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa.

C) Recurso de amparo

a) Admisibilidad de la demanda

- 1) Especial relevancia constitucional por nueva doctrina sobre derechos fundamentales o preceptos constitucionales

— *STC 125/2013, de 23 de mayo*: este RAC presenta una cuestión constitucional novedosa que la misma Sala Primera señala en el FJ 3: determinar si puede ser nombrado alcalde un concejal que no ha concurrido a las elecciones (art. 182.2 LOREG), cuestión sobre la que el TC nunca se ha pronunciado (supuesto a) de la STC 155/2009, FJ 2). Además, se apunta también a la relevancia por el hecho de que la cuestión trasciende del caso concreto, puesto que esta situación puede repetirse en cualquier ciudad, y que la contro-

versia se refiere directamente a la presentación y proclamación de candidatos a alcalde (supuesto g) de la STC 155/2009, FJ 2).

— *STC 122/2013, de 20 de mayo*: La Sala Primera aprecia especial trascendencia constitucional en el RAC presentado sobre la cuestión relativa a la comunicación del procedimiento de ejecución hipotecaria en el caso de que sea negativa la notificación y el requerimiento de pago en el domicilio que consta en el Registro de la Propiedad y, más concretamente, a la necesidad de que el órgano jurisdiccional agote las posibilidades de averiguación del domicilio real antes de acudir a la comunicación edictal. A pesar de la claridad y constancia de la jurisprudencia constitucional sobre este deber de diligencia de los órganos jurisdiccionales cuando existan dudas razonables sobre el domicilio del afectado, la especial relevancia constitucional del recurso se vio reforzada al introducirse un nuevo marco normativo en el procedimiento de ejecución hipotecaria cuyo tenor literal la contradecía (art. 686.3 LEC). La Sala Primera, por tanto, apreció la necesidad de un nuevo pronunciamiento al no existir doctrina constitucional sobre esa realidad. (FJ 2).

— *STC 115/2013, de 9 de mayo*: En esta sentencia el Pleno del Tribunal admite el recurso de amparo porque no existe jurisprudencia constitucional sobre el objeto del recurso, a saber, si la manipulación o consulta por parte de la Policía Nacional de la agenda de un teléfono móvil, sin previa autorización judicial, vulnera el derecho a la intimidad, y si la consulta de las llamadas entrantes y salientes, así como el conocimiento de la identidad de los interlocutores, sin autorización judicial, vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones (FJ 2).

— *STC 79/2013, de 8 de abril*: el recurso de amparo se presentó contra un procedimiento en el que se procedió a subastar y adjudicar una vivienda que figuraba inscrita a nombre de la parte recurrente en el Registro de la Propiedad con anterioridad al inicio del procedimiento, sin notificarle la existencia del procedimiento, ni permitirle comparecer en el mismo, lo que le privó de su derecho a ser oído y le impidió el ejercicio del derecho de defensa de sus legítimos derechos e intereses sobre el citado inmueble. El Alto Tribunal estimó que este RAC le permitía sentar doctrina sobre la proyección que, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), tiene la inscripción registral y su publicidad en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria sobre el que hasta el momento no existía pronunciamiento constitucional bajo la vigencia del procedimiento hipotecario de la actual Ley de enjuiciamiento civil. También, como se indica más adelante, la Sala Primera reconoció la especial relevancia por existir una cuestión de relevante y general repercusión social (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 g), (FJ 2).

— *STC 75/2013, de 8 de abril*: la Sala Primera del TC reconoce explícitamente especial relevancia constitucional a un recurso de amparo planteado contra la condena por un delito de enaltecimiento del terrorismo que se apoyó en testigos protegidos y anónimos. Por tanto, se plantea la discusión sobre la relevancia constitucional de la figura del testigo protegido, en lo que atañe a las posibilidades del acusado de contrastar la fiabilidad de su testimonio y, con ello, a su virtualidad como medio de prueba para enervar la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). (FJ 2).

2) Especial relevancia constitucional para aclarar la doctrina constitucional

— *STC 126/2013, de 3 de junio*: La Sala Segunda aprecia que las cuestiones contenidas en este recurso le permiten aclarar su doctrina sobre los límites de la eficacia invalidante del incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), (FJ 2.c).

3) Especial relevancia constitucional porque la vulneración del derecho fundamental que se denuncia proviene de una ley o de otra disposición de carácter general

— *STC 77/2013, de 8 de abril*: la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre exige, para el reconocimiento de la pensión de viudedad como pareja de hecho en el supuesto de hechos causantes acaecidos antes de la entrada en vigor de la Ley, la circunstancia de que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. La recurrente en amparo es una transexual, por lo que biológicamente, es imposible que pueda llegar a tener hijos. La Sala Segunda del TC explicita en el FJ 2 el motivo por el que el recurso de amparo tenía especial relevancia constitucional.

— *SSTC 117/2013, 116/2013, de 20 de mayo, STC 71 y 72/2013, de 8 de abril*: regla segunda de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre (LGSS), es contraria al art. 14 CE.

— *STC 107/2013, de 6 de mayo*: art. 40.2 d) de la Ley estatal 24/2003, de 10 de julio, de la viña y del vino, es contrario al art. 25.1 CE (este asunto ya había sido resuelto por otras sentencias como STC 90/2012, de 7 de mayo, 109/2012, de 21 de mayo, y 127/2012, de 18 de junio).

4) Especial relevancia constitucional por una actuación de los tribunales contraria al ordenamiento constitucional

— *STC 121/2013, de 20 de mayo*: por no cumplir la sentencia de un tribunal superior jerárquico, concretamente la ejecución de la sentencia (FJ 5).

5) Especial relevancia constitucional por incumplimiento de la doctrina constitucional

— *SSTC 120/2013, 119/2013, 118/2013, de 20 de mayo*: La Sala Primera estima la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia al no aplicar el tribunal ordinario la constante doctrina constitucional sobre la práctica de la prueba en apelación de los principios de inmediación y contradicción de la prueba.

6) Especial relevancia constitucional por tratarse de un recurso con una cuestión jurídica de relevante y general repercusión con consecuencias políticas generales

— *STC 125/2013, de 23 de mayo*: recurso de amparo electoral, *designación como alcalde de quien no formó parte de las listas electorales y que fue designado concejal cubriendo una vacante en la corporación municipal*.

— *STC 127/2013, de 3 de junio*: sobre la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en un asunto sobre custodia de un menor. El TC, a pesar de que reconoce la correcta argumentación del recurrente para señalar la especial relevancia constitucional del RAC acudiendo a los supuestos de la STC 155/2009, no se pronuncia sobre un motivo concreto por el que se admite a trámite el mismo, sino que señala de manera vaga e imprecisa «el perfil específico que presenta el caso de autos, resultante de su complejidad y los intereses en presencia, y la singularidad del criterio de competencia judicial internacional exteriorizado». (FJ 2)

— *STC 79/2013, de 8 de abril*: el recurso de amparo se presentó contra un procedimiento en el que se procedió a subastar y adjudicar una vivienda que figuraba inscrita a nombre de la parte recurrente en el Registro de la Propiedad con anterioridad al inicio del procedimiento, sin notificarle la existencia del procedimiento, ni permitirle comparecer en el mismo, lo que le privó de su derecho a ser oído y le impidió el ejercicio del derecho de defensa de sus legítimos derechos e intereses sobre el citado inmueble. La Sala Primera reconoció explícitamente la existencia de una cuestión de relevante y general repercusión social [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 g)], además de, como ya se ha mencionado, por nueva doctrina constitucional. Además, el Alto Tribunal estimó que este RAC le permitía sentar doctrina sobre la proyección que, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), tiene la inscripción registral y su publicidad en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria sobre el que hasta el momento no existía pronunciamiento constitucional bajo la vigencia del procedimiento hipotecario de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (FJ 2).

7) Especial relevancia constitucional para reiterar una doctrina constitucional

— *STC 76/2013, de 8 de abril*: la Sala Primera estima conveniente, como ya hizo con la STC 242/2012, de 17 de diciembre, reiterar la doctrina constitucional derivada de la STC 125/2000, de 16 de mayo, sentada bajo la vigencia de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, en la que enjuició como en caso presente la ausencia de todo emplazamiento, personal o edictal, en un proceso contencioso-administrativo sometido a la Ley jurisdiccional de 1956 en relación con la impugnación de una modificación de un plan general de ordenación urbana (FJ 3).

Hay una serie de recursos que no tienen un encaje claro en los supuestos de la STC 155/2009, FJ 2; sin embargo, son cuestiones de ámbito penitenciario, o tratantes a la pena privativa de libertad que empieza a esbozarse como criterio claro de admisión:

— *STC 109/2013, de 6 de mayo*: Se plantea en esta demanda de amparo determinar si las actuaciones practicadas en ejecución de la pena privativa de libertad impuesta interrumpen el plazo de prescripción de la pena, a pesar de que ya hay doctrina constitucional sobre el caso (STC 97/2010).

— *STC 128/2013, de 3 de junio*, sobre la concesión de permisos de vis a vis a familiares con segundo grado de consanguinidad. Ninguna cuestión jurídica relevante a dilucidar.

— *STC 78/2013, de 8 de abril*, sobre la valoración de una prueba de cargo en un proceso penal en el que se impone una pena privativa de libertad de dos años.

Hay otros recursos admitidos a trámite pero que no tienen ninguna relevancia constitucional. Sin embargo, con anterioridad el TC ha resuelto recursos de amparo con una temática idéntica. Quizá por ello, pues carecen de cualquier otro interés objetivo, el Alto Tribunal sigue admitiendo y resolviendo recursos con esta problemática:

— *STC 74/2013, de 8 de abril; STC 73/2013, de 8 de abril*: el recurrente en amparo alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque al constituir el depósito para recurrir fuera del plazo establecido al efecto, se le inadmitió el recurso de apelación

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En el periodo analizado (abril-junio 2013) se han dictado 31 sentencias relacionadas con la distribución de competencias, a las que pueden sumarse otras 4 relacionadas con el sistema de financiación (SSTC 85, 96, 100 y 101/2013). La mayoría de las Sentencias dictadas en el trimestre reiteran jurisprudencia anterior [SSTC 80, 87 y 99/2013 (medio ambiente y espacios naturales protegidos), 82/2013 (denominaciones de origen), 83/2013 (ferrocarriles), 84 y 97/2013 (montes), 91/2013 (colegios profesionales), 94/2013 (régimen jurídico de las Administraciones públicas, ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; autonomía local), 95/2013 (laboral), 98/2013 (fundaciones), 102/2013 (régimen energético), 104/2013 (aguas, agricultura asistencia social, legislación laboral y medio ambiente; autonomía local), 111/2013 (aguas, medio ambiente y espacios naturales), 114/2013 (medio ambiente y caza), 123/2013 (régimen energético y colegios profesionales), 124/2013 (servicios mínimos en aeropuertos de interés general), 131 y 134/2013 (universidades), 136/2013 (archivos de titularidad estatal), 137/2013 (condiciones básicas de igualdad, sanidad, productos farmacéuticos y seguridad social) y 138/2013 (medio ambiente y Comité MaB español)]. Otras dos sentencias (SSTC 112 y 113/2013) tienen como objeto conflictos relacionados con la potestad subvencional, que se resuelven tomando como parámetro sustantivo la doctrina recogida especialmente en la STC 13/1992, de 6 de febrero.

A) Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.^a CE), hacienda general (art. 149.1.14.^a CE): interpretación conforme con la Constitución de varios preceptos de la Ley general de subvenciones

La STC 130/2013, de 4 de junio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón en relación con diversos preceptos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (sobre la constitucionalidad de esta misma norma se pronuncia también la STC 135/2013, de 6 de junio, a instancias del Parlamento de Cataluña). La Sentencia es relevante porque establece criterios generales de interpretación de tres títulos competenciales: bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas,

procedimiento administrativo común (ambos títulos ubicados en el art. 149.1.18.^a CE) y hacienda general (art. 149.1.14.^a CE).

La Sentencia afirma que la garantía de un tratamiento común a los administrados no es el único objetivo del título «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas». Las bases en esta materia pueden apoyarse en «otros intereses generales superiores a los de las respectivas Comunidades Autónomas, que hagan igualmente necesario y justificado el establecimiento de un común denominador normativo». Entre estos intereses generales superiores que justifican una regulación unitaria se menciona expresamente «la asignación equitativa de los recursos a través del gasto público (art. 31.2 CE), la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE), la programación y ejecución del gasto público conforme a los principios de eficiencia y economía (art. 31.2 CE), la estabilidad presupuestaria (art. 135 CE), la prevención de eventuales distorsiones del funcionamiento del mercado, la coherencia y coordinación de la política subvencional de todas las Administraciones públicas, la lucha contra el fraude y la corrupción en la gestión de los fondos públicos, así como el incremento de la transparencia, el control y la evaluación del gasto subvencional».

Respecto del encaje de la Ley General de Subvenciones en la competencia exclusiva del Estado sobre «procedimiento administrativo común», la Sentencia sostiene que el procedimiento que se regula en la Ley 38/2003 no puede ser calificado como un procedimiento especial *ratione materiae*, sino que estamos ante un «procedimiento administrativo común singular» en función de la forma de actividad administrativa. Sin embargo, la Sentencia matiza que la regulación del procedimiento subvencional por parte del Estado debe circunscribirse «a aquellos elementos que pueden efectivamente considerarse comunes, de tal forma que respete un margen suficiente y adecuado para la introducción por parte de las Comunidades Autónomas de las necesarias especialidades en los procedimientos administrativos *ratione materiae*».

Por último, la Sentencia señala que la competencia del Estado en materia de «hacienda general» incluye «el establecimiento de las normas y principios comunes de la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que, conforme a nuestra Constitución, han de regir el gasto público: legalidad (art. 133.4 CE); eficiencia y economía (art. 31.2 CE), asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE); subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1), estabilidad presupuestaria (art. 135 CE; STC 134/2011, de 20 de julio) y control (art. 136 CE)».

La Sentencia cuenta con un relevante voto particular del Magistrado Luis Ortega (al que se adhieren los Magistrados Pérez Tremps, Adela Asua, Encarnación Roca Trías y Fernando Valdés Dal-Ré) en el que se critica la interpretación expansiva que a su juicio realiza la mayoría del Tribunal de los títulos competenciales del Estado.

B) Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.^a CE): enumeración excesivamente minuciosa por parte del legislador estatal de los cargos municipales que tienen la condición de órganos directivos

La STC 103/2013, de 25 de abril, analiza si tienen encaje dentro de la competencia del Estado sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18

CE) algunos artículos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local. La parte más relevante de la Sentencia, en la que se declara inconstitucional y nulo el apartado en el que se permite al Alcalde nombrar como miembros de la Junta de Gobierno local a personas que no ostenten la condición de concejales, «siempre que su número no supere un tercio de sus miembros, excluido el Alcalde» (párrafo segundo del artículo 126.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local), no guarda relación con la distribución de competencias, sino con la contradicción entre la ley y el art. 140 CE.

Desde el punto de vista competencial, lo más relevante es la declaración interpretativa que se formula respecto del precepto en el que se enumeran los órganos directivos municipales (art. 130.1 B de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local). El Abogado del Estado explica que la finalidad de la norma es aplicar a determinados cargos municipales la legislación común sobre incompatibilidades y sobre conflictos de intereses. El Parlamento de Cataluña argumenta que la enumeración es excesivamente minuciosa y tiene carácter de lista cerrada, por lo que restringía la competencia del legislador autonómico. La Sentencia sostiene que el legislador estatal puede regular las incompatibilidades de los órganos directivos municipales, pero que no es necesario hacerlo mediante una relación pormenorizada de los cargos. Según el Tribunal Constitucional, para conseguir esta finalidad bastaría con definir las características y funciones que hacen que un cargo municipal deba ser considerado como órgano directivo. La Sentencia salva la constitucionalidad del precepto basándose en que no establece expresamente una enumeración cerrada, por lo que cabe interpretar que las leyes autonómicas pueden completar el elenco de órganos directivos.

C) Competencia sobre legislación civil (art. 149.1.8.ª CE): competencia de la Comunidad Foral de Navarra para regular la convivencia estable *more uxorio*. Puntos de conexión y tráfico jurídico interregional

La STC 93/2013, de 23 de abril, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. El Tribunal Constitucional afirma la competencia de la Comunidad Foral de Navarra para regular la convivencia estable *more uxorio*, al amparo del título previsto en la LORAFNA en materia de Derecho civil foral, que encuentra a su vez cobertura constitucional en el art. 149.1.8 CE. La Sentencia atribuye a Navarra «una amplia libertad de configuración legal» en el ejercicio de su competencia en materia de Derecho civil foral (para lo que cita la STC 236/2000, de 16 de octubre, FJ 3).

Por el contrario, en el voto particular que formula el Magistrado Aragón Reyes, al que se adhiere el Magistrado Rodríguez Arribas, se propugna la inconstitucionalidad de la Ley Foral en su integridad por un doble motivo. En primer lugar, por la reserva a la competencia del Estado que hace el art. 149.1.8.ª CE respecto a las formas de matrimonio. En segundo lugar, se subraya que la competencia autonómica se circunscribe a «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Según el voto particular, la Comunidad Foral de Navarra carecería de competencia para regular las uniones de hecho, pues no existía esta

institución en la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra a la entrada en vigor de la Constitución.

En el ámbito de la impugnación de preceptos específicos de la ley por razones competenciales, cabe destacar que la Sentencia declara la inconstitucionalidad del art. 2.3 de la Ley Foral. Dicho artículo dispone que la regulación establecida en la Ley Foral resultará de aplicación «a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra». La Sentencia considera que el precepto invade la competencia del Estado, incluida en el art. 149.1.8.^a CE, para determinar los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España.

D) Competencia sobre legislación civil (art. 149.1.8.^a CE): la Comunidad de Madrid no puede regular los pactos ordenadores de la convivencia para las uniones de hecho. Carácter administrativo del registro de uniones de hecho

La STC 81/2013, de 11 de abril, analiza la constitucionalidad de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho. La Sentencia comienza señalando que la regulación del contenido de los pactos ordenadores de la convivencia forma parte de la materia «legislación civil» y que el Estatuto de Autonomía no atribuye a la Comunidad de Madrid de competencias sobre Derecho civil foral o especial. En consecuencia, declara que el artículo 4 de la ley de la Asamblea de Madrid (sobre regulación de la convivencia) es nulo por falta de título competencial. También se declara nulo el artículo 5, por conexión con el precepto anterior, en el que se contempla la posibilidad de inscribir en el registro los pactos de convivencia. Una vez declarada la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 4 y 5 de la Ley, y descartados en consecuencia los posibles efectos civiles del registro, la Sentencia afirma que el registro de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid no vulnera las competencias exclusivas estatales en materia de ordenación de los registros (art. 149.1.8 CE). La Sentencia señala que el registro de uniones de hecho está «destinado a acreditar la existencia de la unión de hecho a efectos de obtener otros posibles beneficios de naturaleza pública a los que también se refiere la Ley, en el ámbito de la competencia de la Comunidad de Madrid». La Sentencia tiene un voto particular del Magistrado Aragón Reyes (al que se adhiere el Magistrado Andrés Ollero).

E) Competencias sobre legislación procesal (art. 149.1.6.^a CE): nulidad del precepto legal autonómico que supedita la ejecución de sentencias a la previa resolución de un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración

La STC 92/2013, de 22 de abril, considera que el art. 2 de la Ley del Parlamento de Cantabria 2/2011, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y del régimen urbanístico del suelo de Cantabria, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística, invade las competencias del Estado en materia de legislación procesal. El legislador autonómico había establecido una causa de suspensión de la ejecución de las Sentencias (el derribo

de edificaciones declaradas ilegales) durante el tiempo que pueda llevar la resolución del expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y el pago de la indemnización a los perjudicados.

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 PREELIMINARES.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) **Derecho a la vida (art. 2 CEDH).**
 - a) La negativa a operar de urgencia a una mujer embarazada, debido a su incapacidad para pagar los gastos médicos, vulnera el CEDH.
 - b) Obligaciones positivas impuestas a los Estados en virtud del reconocimiento del derecho a la vida.
 - B) **Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH).**
 - a) Expulsiones y extradiciones contrarias al artículo 3 CEDH.
 - b) Extradición a USA de un terrorista con grave enfermedad mental violaría el CEDH.
 - c) La devolución de un solicitante de asilo a una zona segura del país de origen no vulnera el CEDH.
 - C) **Derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5 CEDH) Concepto de «enajenado» y condiciones para su internamiento como causa de privación del derecho a la libertad personal.**
 - D) **Derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) La excesiva duración de un procedimiento administrativo puede lesionar el derecho a un proceso justo.**
 - E) **No hay pena sin ley (art. 7 CEDH) Inexistencia de ley que desarrolle el ejercicio del derecho de reunión y manifestación y su regulación por normas de carácter administrativo vulnera el CEDH.**
 - F) **Derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).**
 - a) Protección de datos: almacenamiento de huellas dactilares.
 - b) Revocación de adopción. Publicación de los datos de adopción y obligaciones positivas del Estado en defensa del derecho a la vida privada.
 - c) El derecho al nombre completo (nombre, apellido y patronímico) viene protegido por las obligaciones positivas derivadas del derecho a la vida privada.
 - d) Divulgación de datos médicos en el contexto de una investigación sobre una confesión religiosa es contraria al CEDH.

- e) La separación de una hija de su madre por motivos estrictamente económicos supone una vulneración del derecho a la vida familiar. Condena a España.

G) Libertad de expresión (art. 10 CEDH).

- a) Prohibición de publicidad política.
- b) La negativa de las autoridades a proporcionar una información de interés público vulnera el CEDH.

H) Derecho a un recurso nacional (art. 13 CEDH). Sobre el necesario carácter suspensivo de la solicitud de asilo.

I) Prohibición de discriminación (art. 14 CEDH) Nuevo caso de segregación escolar de gitanos.

J) Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos (art. 18 CEDH) La limitación de derechos más allá de los supuestos previstos legalmente lesiona el CEDH.

K) Demandas individuales (art. 34 CEDH) El no reconocimiento de las medidas cautelares impuestas a un Estado debilita la eficacia del CEDH.

L) Sobre el respeto de los estándares del TEDH Indemnizaciones pactadas tras sentencias europeas de condena y su efecto reparador del derecho violado.

M) Derecho de propiedad (art. 1 Protocolo n.º 1 CEDH) Un impuesto del 60% sobre una indemnización por despido es confiscatorio y contrario al CEDH.

N) Derecho a la educación (art. 2 Protocolo n.º 1 CEDH) El establecimiento de pruebas de acceso con numerus clausus para el acceso a determinados estudios universitarios no lesiona el CEDH.

O) Derecho a unas elecciones libres (art. 3 Protocolo n.º 1 CEDH). La limitación del derecho de voto a nacionales de un Estado, pero no residentes en el mismo, no lesiona el derecho a unas elecciones libres.

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

A) Interés superior del menor (art. 24 CDFUE).

B) Derecho de defensa (art. 47 CDFUE).

- a) Acceso a la Justicia. Costas no excesivas.
- b) Orden de detención europea. Derecho a la tutela judicial efectiva en procesos de extradición o detención.
- c) Derecho a la tutela judicial efectiva.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A) Derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) La regulación legal de las uniones de hecho debe ser dispositiva y respetar la voluntad individual de excluir algunos efectos del matrimonio.

B) Igualdad (art. 14 CE)

- a) La excepción a la exigencia legal de reconocimiento para las universidades creadas por la Iglesia Católica respecto a otras universidades privadas vulnera el derecho a la igualdad.
- b) Reiteración de jurisprudencia constitucional sobre acceso a prestaciones sociales.

C) Derecho de acceso a los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE)

- a) Composición de la Junta de Gobierno municipal.
- b) Concejales alcaldables y concejales no alcaldables. No puede ser elegido alcalde quien no formó parte de las listas electorales.

D) Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)

- a) Indefensión del titular registral de un bien objeto de ejecución hipotecaria por la falta de notificación y la negativa a que pueda ser parte del proceso.
- b) Las resoluciones judiciales que no autorizan las comunicaciones vis a vis entre reclusos y familiares no lesionan la tutela judicial.
- c) Inconstitucionalidad de ley singular y autoaplicativa de convalidación de acto administrativo anulado por los tribunales para eludir el control contencioso-administrativo y su previsión legal.
- d) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de magistrados constitucionales, de los que se enjuicia su responsabilidad civil, al no aplicar la prohibición constitucional y legal de revisar y controlar el contenido de las resoluciones del TC por cualquier otro órgano del Estado.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

A) Derechos Fundamentales.

- a) Derecho a la propia imagen (art. 18 CE). La difusión de la imagen de un menor exige el consentimiento de sus progenitores y la anuencia del Ministerio Fiscal.
- b) Derecho de huelga (art. 28.2 CE). Servicios mínimos en Centros Educativos de menores de 3 años y de Educación Especial.
- c) Reserva de Ley en materia de Derechos Fundamentales (art. 53.1 CE). Regulación de procesos de control de dopaje y laboratorios de análisis autorizados y del establecimiento de medidas complementarias. Autonomía del paciente.

B) Extranjería.

- a) Reglamento de la Ley de Extranjería.
- b) Asilo. Admisión a trámite y estudio de la solicitud de protección internacional.
- c) Visados. Visado de reagrupación familiar. Cuba.

1. CONSIDERACIONES PREELIMINARES

Recogemos en esta Crónica del tercer trimestre del 2013, la número 61, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

En este cuatrimestre, el TEDH vuelve a condenar a España, aunque en esta ocasión no es por temas procesales, sino por cuestiones administrativas que acaban lesionando el derecho a la vida familiar de la demandante, al separarla de su hija única y exclusivamente por motivos económicos (asunto *R.M.S. contra España, de 18 de junio de 2013*).

Así las cosas, junto a este asunto, en este tercer cuatrimestre, el TEDH ha analizado cuestiones muy diversas: desde las continuas violaciones del derecho a la vida (como el caso *Mehmet Şentürk y Bekir Şentürk contra Turquía, de 9 de abril de 2013*, en el que se concluye que la no prestación de asistencia sanitaria por motivos económicos vulnera el CEDH), pasando por los casos de dilaciones indebidas (como el asunto *Kristiansen y Tyvik AS contra Noruega, de 2 de mayo de 2013*, donde el TEDH tiene en cuenta para la duración del proceso no sólo el procedimiento judicial, sino también el administrativo), hasta un caso de prohibición de publicidad política, que no electoral (asunto *Animal Defenders International contra Reino Unido, de 22 de abril de 2013*, donde el TEDH sostuvo la conformidad con el CEDH de la prohibición vigente en el Reino Unido sobre la contratación de publicidad política en televisión). Pero mención especial merece el asunto *Ageyevy contra Rusia, de 18 de abril de 2013*, donde el TEDH ante la filtración por parte de un hospital público de datos sobre una adopción y la lentitud e ineficacia en la investigación por parte de las autoridades nacionales, imputa la responsabilidad al Estado creando así una obligación de investigación para esclarecer los hechos y perseguir a los responsables cuando la *restitutio in integrum* del derecho resulta materialmente imposible, y estableciendo una ponderación entre la libertad de expresión y la buena fe (no la veracidad) de la información.

Respecto a la jurisprudencia del TJUE, debemos indicar que el Tribunal sigue en su línea de razonamientos escasos para cuestiones complejas de derechos fundamentales. Aunque en este cuatrimestre el Tribunal se ha pronunciado con acierto en asuntos relacionados con las costas procesales y con el asilo y tutela de menores (asunto *MA, BT, DA y Secretary of State, de 6 de junio de 2013*), tema sobre el que el Tribunal lleva tiempo insistiendo.

En relación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional destacan las sentencias relacionadas con el derecho de acceso a los cargos públicos, como la *STC 125/2013, de 23 de mayo*, donde el Tribunal pretende evitar en realidad un fraude de ley. Asimismo, destaca, especialmente, la *STC 93/2013, de 23 de abril*, donde el Tribunal declara por primera vez la inconstitucionalidad de una ley por vulneración del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

Para finalizar, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debemos mencionar las *SSTS de 10 y 24 de junio de 2012*, en las que se obliga a dar un tratamiento diferenciado a las personas que soliciten protección internacional; o la *STS de 11 de junio de 2013*, conforme a la cual se anula un inciso del Reglamento de la LO de Extranjería relacionado con los plazos y la voluntad para la interposición de recursos. Así como las relacionadas con el análisis de la lesión de algún derecho fundamental, como la *STS de 15 de abril de 2013* en la que se analizan los servicios mínimos en las escuelas infantiles y de educación especial.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho a la vida (art. 2 CEDH)

- a) *La negativa a operar de urgencia a una mujer embarazada, debido a su incapacidad para pagar los gastos médicos, vulnera el CEDH*

En la sentencia *Mehmet Şentürk y Bekir Şentürk contra Turquía, de 9 de abril de 2013*, el TEDH resuelve un caso en el que el recurrente, junto con su esposa, embarazada de 34

semanas, acudió a un hospital universitario ante los fuertes dolores de ésta. Tras ser examinada, les comunicaron que el bebé estaba muerto y que necesitaba ser operada de urgencia, tras abonar la cantidad de 1.000 euros. Al no disponer de esa cantidad de dinero, los responsables médicos no les admitieron en el hospital, por lo que la mujer fue transferida a otro centro médico en un vehículo sin ningún tipo de asistencia y falleció en el traslado.

El TEDH reitera que del artículo 2 CEDH se derivan obligaciones positivas por parte del Estado, tanto materiales como procedimentales: entre las materiales, se exige que se establezcan normas que obliguen a los hospitales, tanto públicos como privados, a adoptar medidas adecuadas para la protección de la vida de los pacientes. En este sentido, el Tribunal reconoce que no entra dentro de sus funciones pronunciarse en abstracto sobre la política de salud pública de un Estado o sobre el acceso a la asistencia médica, pero teniendo en cuenta los hechos denunciados, el Tribunal afirma que el Estado ha incumplido con su obligación de proteger la integridad física, al no establecer indicaciones sobre cómo proceder ante situaciones en las que se rechaza la asistencia sanitaria por no ser capaz de afrontar su pago. Por otro lado, respecto de las obligaciones positivas del Estado de carácter procedimental, el TEDH reitera que éstas incluyen la obligación de establecer un sistema judicial independiente y eficaz, en el que se pueda determinar la causa de la muerte de los pacientes que están al cuidado de los profesionales médicos, ya sea en el sector público o en el privado, y que los responsables rindan cuentas de su actuación.

b) *Obligaciones positivas impuestas a los Estados en virtud del reconocimiento del derecho a la vida*

Los casos ***Banel contra Lituania*** y ***Nencheva y otros contra Bulgaria***, ambos de 18 de junio de 2013, a pesar de no contener una jurisprudencia del todo nueva, llaman la atención por sus supuestos de hecho. En el caso ***Banel contra Lituania***, la demandante es la madre de un menor que murió aplastado tras el derrumbe parcial de un edificio en ruinas y abandonado en Vilna. La demandante señalaba que la municipalidad conocía el estado ruinoso del edificio desde 2005 y que, a pesar de ello, no lo demolió, ni trató de evitar que alguien resultara dañado. Y en el caso ***Nencheva contra Bulgaria***, los demandantes son los padres de varios menores de edad, con deficiencias físicas y mentales importantes, que murieron durante el invierno de 1996/97 en un centro público de acogida especializado debido al frío y a la falta de comida, provocado por la falta de financiación. A pesar de que el centro denunció esa situación y reclamaron ayuda de forma reiterada a las autoridades estatales, tan sólo recibieron suministros cuando 15 niños habían muerto ya.

En ambos casos el TEDH recuerda que el artículo 2 CEDH no sólo impone obligaciones negativas a los Estados parte, sino también la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la vida de las personas sujetas a su jurisdicción, lo que se impondría en relación con cualquier actividad, pública o privada, que pueda poner en peligro el derecho a la vida. En este sentido, finalmente el TEDH llega a una clara conclusión de condena. En el caso ***Banel***, el TEDH señala que aunque los Estados parte tienen la obligación positiva de garantizar la seguridad en lugares públicos, esto no ocurrió, dado que las autoridades lituanas conocían el estado del edificio que acabó con la vida del menor y, a pesar de ello, no garantizaron la seguridad en la zona circundante. Y, en el caso ***Nencheva***, el TEDH confirmó una responsabilidad todavía más evidente, en la medida en que los niños fallecidos estaban albergados en un centro de acogida público, de modo

que el Estado debía garantizar su vida y su seguridad y, a pesar de ello y de conocer el grave peligro que suponía para los niños la carencia de alimentos y de combustible para la calefacción, se actuó de una forma claramente negligente.

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

a) Expulsiones y extradiciones contrarias al artículo 3 CEDH

En este trimestre destacan, en primer lugar, varias condenas a países por pretender la expulsión/extradición de personas con riesgo de que sufrieran malos tratos en el país de recepción, con vulneración del artículo 3 del CEDH. Entre ellas, dos supuestos relacionados con organizaciones consideradas terroristas, **Rafaa contra Francia, de 30 de mayo de 2013**, por la extradición a Marruecos de un militante del Frente Polisario, en el que la Corte considera que persisten en ese país los malos tratos a las personas sospechosas de ese tipo de delitos, y **Sidikovy contra Rusia, de 20 de junio de 2013**, una extradición a Tajikistan de un militante de una organización islámica prohibida en Rusia y en otros Estados del Asia Central. La Corte también considera contraria al artículo 3 del CEDH la expulsión a Egipto de un cristiano copto, al considerar que existe un riesgo real de que sufra malos tratos en ese país en el asunto **M.E. contra Francia, de 6 de junio de 2013**.

b) Extradición a USA de un terrorista con grave enfermedad mental violaría el CEDH

En **Aswat contra Reino Unido, de 16 de abril de 2013**, el TEDH aplica su conocida doctrina de prohibir la extradición a Estados que no garanticen que no se van a producir tratos inhumanos. Lo particular de este caso es que la extradición la solicita Estados Unidos respecto a un presunto terrorista islámico y que éste se encuentra internado en un psiquiátrico penitenciario aquejado de graves problemas mentales. En anteriores supuestos (**Babar Ahmad y otros contra Reino Unido, de 10 de abril de 2012**) el TEDH no consideró violatorio la extradición a Estados Unidos de presos con desórdenes mentales, pero en este caso considera que las autoridades norteamericanas no habían dado suficiente información como para garantizar que no se producirían tratos inhumanos (específicamente vinculados a su enfermedad mental). El TEDH considera que si el recurrente fuera internado en la institución en la que lo fueron los extraditados en anteriores casos se produciría un trato inhumano debido a la gravedad de sus trastornos mentales en comparación con los alegados en aquellos supuestos y se violaría el artículo 3 CEDH.

c) La devolución de un solicitante de asilo a una zona segura del país de origen no vulnera el CEDH

En los casos **S.A. y M.Y.H. y otros contra Suecia, ambos de 27 de junio de 2013**, el TEDH utiliza un concepto clásico en el derecho de asilo, la existencia de una alternativa de protección interna, para rechazar las alegaciones de los demandantes, solicitantes de asilo de origen iraquí que narraban sendas persecuciones por razón de sus creencias religiosas y por motivos de honor. A pesar de que los demandantes plantearon casos de asilo

creíbles, el TEDH rechaza sus alegaciones al entender —como las autoridades suecas lo habían hecho previamente— que podían evitar la persecución trasladándose a una zona diferente de su país de origen, esto es, por entender que existía una alternativa de protección interna viable.

C) Derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5 CEDH). Concepto de «enajenado» y condiciones para su internamiento como causa de privación del derecho a la libertad personal

El caso *Radu contra Alemania*, de 16 de mayo de 2013, enjuicia una denuncia de la libertad personal derivada de la continua detención en un hospital psiquiátrico del recurrente a pesar de no haber apreciado los tribunales nacionales que estuviera ya en una situación mental de disminución de su responsabilidad criminal, lo que impediría considerarle «enajenado» conforme a las causas previstas legalmente de privación de libertad. Con 19 años, en 1983, el actor asesinó a los padres de su novia tras una violenta pelea y fue condenado a siete años de prisión, cumpliendo la pena. En 1995 volvió a asesinar de forma terrible a su antigua pareja que iniciaba una relación íntima con otra persona. El tribunal nacional entendió entonces que tenía su responsabilidad criminal disminuida por serios desórdenes de personalidad que le llevaban a brotes violencia sin poder contener sus impulsos.

En este caso, la Corte interpreta —invocando precedentes— que el concepto de «enajenado» (*unsound mind*) del artículo 5.1.e) CEDH no es susceptible de una definición precisa porque su entendimiento cambia y evoluciona constantemente según avanza la investigación en psiquiatría. El Tribunal considera que un individuo no puede ser privado de su libertad por considerarse enajenado si no se dan tres requisitos:

- primero, que un desorden mental sea establecido por una autoridad competente sobre la base de informes médicos de expertos;
- segundo, que el desorden tenga un grado o intensidad que justifique el confinamiento y la privación de la libertad *v.gr.* porque la persona necesite terapia, medicación o supervisión constante para curar o paliar su estado mental, pero también para impedir que cause daños a terceros o a sí mismo;
- tercero, que la validez de la continuidad de la detención dependa de la persistencia de dicho desorden.

El TEDH estima, por 5 votos a 2, que no se ha violado el CEDH: no hubo una privación arbitraria de la libertad personal del recurrente pese a su continuada detención en un hospital psiquiátrico, pues la medida estaba prevista en la ley, se tomó tras un procedimiento adecuado a las garantías previstas en el CEDH, y estaba basada en un juicio médico o diagnóstico que no era irrazonable. No obstante, en este caso, un Voto Particular de dos Magistrados disiente y razona que la continua detención del actor basada en el grave peligro para terceros y el público en general que provocaría su libertad necesitaría una supervisión reforzada y una mejor motivación por las autoridades nacionales, una vez que ha quedado probado que ya no está mentalmente enfermo. No existe una conexión suficiente entre la inicial causa de su detención y la continua privación de libertad. Y estas interferencias en la libertad personal deben ser interpretadas restrictivamente.

Junto a este caso se pueden citar otros asuntos relativos a internamientos y exámenes médicos de personas en centros psiquiátricos en contra de su voluntad, como los casos *Petukhova contra Rusia, de 30 de abril de 2013* y *Zagidulina contra Rusia, de 2 de mayo de 2013*, donde la demandante fue internada en el mismo centro psiquiátrico donde había ido a visitar a su hija tras diagnosticarla una depresión. El TEDH dictaminó la lesión del derecho garantizado en el artículo 5 CEDH debido a que las autoridades nacionales no cumplieron con los requisitos previstos en los procedimientos a seguir en las hospitalizaciones involuntarias.

D) Derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH). La excesiva duración de un procedimiento administrativo puede lesionar el derecho a un proceso justo

En *Kristiansen y Tyvik AS contra Noruega, de 2 de mayo de 2013*, los demandantes se quejaban de que la excesiva duración del procedimiento (unos 18 años) por el que se les había denegado la solicitud de una patente sobre un procedimiento de propulsión de aeronaves y embarcaciones marítimas, unido al hecho de que la patente se concediera por unos 20 años, habían provocado que su posible acceso a los Tribunales se volviera ilusorio y, por lo tanto, lesionara su derecho a un juicio justo. Aquí el TEDH reiteró que en los casos civiles la valoración de la excesiva duración del procedimiento puede comprender la fase administrativa previa a los Tribunales. Además, concluye que en el presente caso fue evidente que el procedimiento administrativo había sido excesivamente largo, provocando que su derecho de acceso a los Tribunales por la denegación de su solicitud, se volviera ilusorio. De ahí que el TEDH concluyera la lesión del derecho a un proceso justo previsto en el artículo 6 CEDH.

E) No hay pena sin ley (art. 7 CEDH). Inexistencia de ley que desarrolle el ejercicio del derecho de reunión y manifestación y su regulación por normas de carácter administrativo vulnera el CEDH

En la sentencia *Vyrentsov contra Ucrania, de 11 de abril de 2013*, se analiza la decisión de los Tribunales ucranianos de condenar administrativamente a un sujeto que convocó unas manifestaciones por no haberse ajustado al procedimiento previsto.

El TEDH, aunque reconoce que existe un Código de delitos administrativos, resalta que no existe ninguna norma clara y previsible que sea aplicable para la celebración de manifestaciones pacíficas desde que Ucrania se separó de la Unión Soviética. El TEDH considera que el procedimiento que aparece en el Código de delitos administrativos no fue formulado con la suficiente precisión como para que el recurrente pudiera prever sus consecuencias; y, aunque reconoce que el hecho de que un país establezca su propio marco legislativo puede llevar su tiempo, sobre todo, con una transición como la que ha pasado Ucrania, en ningún caso considera aceptable un retraso de más de 20 años estando en juego el ejercicio de un derecho. Así el TEDH concluye la violación del artículo 11 CEDH y también del artículo 7 CEDH, al considerar que, a pesar de que el procedimiento para la celebración de manifestaciones se regula en el Código de delitos administrativos, esta norma no cumple con la suficiente precisión, por lo que, en ausencia de una legislación clara y previsible sobre esta materia, la condena impuesta al recurrente por parte

de las autoridades nacionales es contraria al CEDH. Por todo ello, el TEDH por un lado, condenó al Estado ucraniano a indemnizar al recurrente con 6.000 euros; y, por otro lado, instó al Gobierno ucraniano a realizar las reformas legislativas pertinentes para regular el derecho de reunión adecuándose su práctica administrativa a lo establecido por el TEDH.

F) Derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)

a) Protección de datos: almacenamiento de huellas dactilares

En ***M.K. contra Francia, de 18 de abril de 2013***, el TEDH fija criterios para permitir que los Estados puedan almacenar las huellas dactilares de sus ciudadanos a efectos policiales. En el caso las huellas del recurrente fueron tomadas por dos supuestos de hurto de libros en los que fue absuelto, pero las autoridades acordaron almacenarlas durante 25 años. El TEDH recuerda que las autoridades pueden almacenar con fines policiales las huellas dactilares, pero deben asegurar que tales datos son relevantes y no son excesivos respecto a los fines perseguidos. Esto será aplicable no sólo en la determinación de qué datos son los relevantes, sino también respecto a la duración del almacenaje. La normativa francesa presentaba graves deficiencias: no se dirige exclusivamente a persecución de delitos; no hace distinción respecto a la gravedad de los mismos; se dirige indiscriminadamente contra condenados y contra quienes no han sido declarados culpables (afectando además en este caso a su presunción de inocencia) y, por último, tampoco garantiza que el afectado pueda conseguir la remoción de sus datos de la base en esos 25 años. En fin, las autoridades francesas no realizaron una adecuada ponderación entre los intereses individuales y colectivos que estaban en juego, lesionando así el CEDH.

b) Revocación de adopción. Publicación de los datos de adopción y obligaciones positivas del Estado en defensa del derecho a la vida privada

En ***Ageyevy contra Rusia, de 18 de abril de 2013***, el TEDH se enfrenta a un caso que resulta interesante por muy diversos motivos. El supuesto afecta a una pareja que había adoptado dos niños y a los que se retira primero la custodia y se revoca la adopción después de un accidente de hogar que destapa un posible caso de malos tratos. De todo el proceso se hicieron eco los medios de comunicación tras las filtraciones procedentes del propio hospital.

Aunque el TEDH avala la conformidad con el artículo 8 CEDH de la retirada de la custodia de los niños en el primer momento dada la gravedad del caso y el supremo interés del menor, se considera que la revocación de la adopción, así como el hecho de que se negaran las visitas a los niños durante más de un año tras el incidente, resultaron desproporcionadas y lesivas, por ello, del derecho a la vida privada y familiar.

A ojos del TEDH la filtración de datos por parte del Hospital constituye una violación, imputable al Estado, del derecho a la vida privada y familiar. Además, y esta es una derivación muy interesante, si se aplica a otros ámbitos (por ejemplo el del secreto del sumario, el tributario, etc), la lentitud e ineficacia de las autoridades gubernamentales en realizar una investigación acerca de la filtración no autorizada de datos confidenciales también constituiría una violación del artículo 8 CEDH. Así la filtración de datos confidenciales

no generará (dada la protección del periodista en casos con interés general) la responsabilidad de los medios, pero sí hace nacer una obligación de los poderes públicos de iniciar una investigación para identificar al sujeto responsable (sin, por otra parte, poder obligar al periodista a revelar sus fuentes). Y, en segundo lugar, e igualmente interesante, la Corte considera que el seguimiento mediático podría haber sido invasivo del derecho a la vida privada y a la reputación del recurrente. A juicio del TEDH la actuación de la prensa sensacionalista en este caso no respetó los deberes de buena fe e incurrió en errores graves en la información, y los Tribunales nacionales debieron haber protegido el derecho a la vida privada de los recurrentes. Así en los casos por difamación, las autoridades judiciales nacionales tendrán la difícil obligación (positiva) de utilizar los criterios establecidos por el TEDH para la delimitación del contenido de la libertad de expresión, asentándose ahora su construcción en la idea de buena fe (transmisión de información «confiable») pero no sólo en las relaciones entre libertad de expresión y derecho al honor (como hace el Tribunal Constitucional español), sino también en las relaciones entre libertad de expresión e intimidad (donde la veracidad es irrelevante para el alto Tribunal nacional).

c) El derecho al nombre completo (nombre, apellido y patronímico) viene protegido por las obligaciones positivas derivadas del derecho a la vida privada

El caso **Garnaga contra Ucrania, de 16 de mayo de 2013**, analiza la queja de una recurrente a la que se le impidió cambiar el patronímico para adoptar uno derivado del nombre de su padrastro con la voluntad de acercarse tanto a él como a su hermanastro con los que convivía en familia junto a su madre. El TEDH establece que si bien la obligación de cambiar el nombre puede considerarse como una interferencia arbitraria en la vida privada (artículo 8 CEDH) de un individuo, el rechazo a la solicitud de adoptar un nuevo nombre puede no ser considerado necesariamente una interferencia. No obstante, debe reconocerse que pueden haber genuinas razones que muevan a un individuo a cambiar de nombre. El patronímico es parte del nombre tradicional como la legislación ucraniana —él nuevo Código Civil— reconoce. En esta situación de casi completa libertad de una persona de cambiar su nombre, apellido o patronímico, la ley doméstica no parece contemplar las restricciones de forma suficientemente razonada, incumpliendo así sus obligaciones positivas de tutela del derecho a la vida privada. Aquí es curioso que el TEDH no contemple el litigio desde la previsibilidad y certeza ligadas a la legalidad de las restricciones, sino desde las obligaciones positivas de protección, lo que podría resultar discutible.

d) Divulgación de datos médicos en el contexto de una investigación sobre una confesión religiosa es contraria al CEDH

En el caso **Avilkina y otros contra Rusia, de 6 de junio de 2013**, los recurrentes, testigos de Jehová, alegan que la divulgación de sus datos médicos sin su consentimiento a la Fiscalía, en el contexto de una investigación sobre el carácter extremista de la organización religiosa, implica vulneración del derecho a la vida privada.

La Corte considera que la protección de los datos personales, incluida la información médica, es de fundamental importancia para el respeto a la vida privada, y que aunque hay que reconocer un cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales para deter-

minar el balance entre intereses públicos y privados, los recurrentes no estaban acusados en ninguna investigación criminal, sino que se estaba realizando una investigación de la Fiscalía sobre las actividades de la organización religiosa. Además se habían dado datos médicos de un niño de 2 años de edad justificado en la eventualidad de que tuviera que recibir una trasfusión de sangre, pero sin que los recurrentes tuvieran noticia del hecho y oportunidad para oponerse. Por ello se considera vulnerado el artículo 8 CEDH.

e) *La separación de una hija de su madre por motivos estrictamente económicos supone una vulneración del derecho a la vida familiar. Condena a España*

En el caso **R.M.S. contra España, de 18 de junio de 2013**, los hechos son los siguientes: en el año 2005 y dada su situación de indigencia, la demandante se dirigió a los servicios sociales andaluces para pedir trabajo, alojamiento y sustento para ella y para su hija, que entonces tenía poco más de 3 años. Ante la situación, los servicios sociales propusieron que la menor fuera ubicada en un centro de atención a menores de la Junta de Andalucía, iniciándose el expediente que llevaría a la declaración del desamparo de la menor y la asunción de su tutela por parte de la Junta. Tales decisiones fueron ratificadas por los órganos jurisdiccionales españoles, aún cuando la menor no presentaba signo alguno de maltrato ni de abuso. Los tribunales españoles también decidieron suspender el régimen de visitas de la madre a la menor a instancias de los servicios sociales andaluces. A pesar de que la madre intentó localizar a su hija y visitarla en múltiples ocasiones, y de que se opuso, primero, a la declaración de desamparo de la menor, posteriormente, a su acogimiento familiar preadoptivo y, por último, a su adopción por la familia por la que había sido acogida, indicando que su situación económica y personal había cambiado y era perfectamente capaz de mantener y cuidar a su hija, las decisiones de los tribunales españoles confirmaron la actuación administrativa, poniendo de manifiesto la situación de abandono y la inexistencia de una relación afectiva madre-hija.

El TEDH aborda el problema sustantivo planteado por este asunto desde la perspectiva del artículo 8 CEDH y recuerda que el precepto indicado protege la vida familiar y que, para un padre y un hijo, estar juntos es un elemento esencial de su vida familiar. En ese sentido, el TEDH señala que las decisiones que ponen fin a la convivencia familiar son decisiones muy graves que deben perseguir siempre el interés superior del menor, estar fundadas en razones sólidas y de peso, y ser medidas temporales, susceptibles de ser suspendidas en cuanto las circunstancias lo permitan, persiguiendo el objetivo último de volver a reunir al menor con sus progenitores. En este caso el TEDH concluyó que la decisión de alejamiento de la menor y su madre se habían basado sólo en consideraciones estrictamente económicas y que las posteriores decisiones judiciales y administrativas se limitaron a recoger los argumentos inicialmente utilizados por los servicios sociales andaluces para justificar el acogimiento de la menor, sin tener en cuenta que las circunstancias de la madre habían cambiado y que la misma presentó varios informes médicos que ponían de manifiesto su perfecta capacidad para cuidar de su hija y asumir la función parental. Además, el TEDH subraya que las autoridades españolas, lejos de adoptar medidas tendentes a reunir a madre y a hija, evitaron desde un primer momento el contacto entre ambas, provocando así el alejamiento afectivo de madre e hija, y que ambas no hayan podido verse, a pesar de los intentos reiterados de la madre, desde el año 2005. A la luz

de tales consideraciones, el TEDH condena a España a pagar una suma de 30.000 euros a la demandante por los perjuicios morales sufridos.

G) Libertad de expresión (art. 10 CEDH)

a) *Prohibición de publicidad política*

En ***Animal Defenders International contra Reino Unido, de 22 de abril de 2013***, debemos destacar que el TEDH se pronuncia sobre publicidad política y no sobre publicidad electoral. Se trata de una decisión de Gran Sala que divide por la mitad a los magistrados (9 a 8 con el Presidente en contra) y que resulta discutible según el *case law* anterior (en particular en la doctrina sentada en *Verein gegen Tierfabriken contra Suiza*, de 30 de junio de 2009). El caso analiza la negativa de las autoridades nacionales de autorizar una campaña televisiva publicitaria de la ONG recurrente en defensa de los animales, que tenía unos evidentes (y no negados) fines políticos de influir en la opinión pública, en el Parlamento y en el Gobierno para que se adoptaran medidas de protección de los animales.

El Tribunal decide si la prohibición legal, prevista para estos casos en la Communications Act 2003, es excesiva. En tal sentido realiza una ponderación entre el derecho del recurrente a transmitir información e ideas de interés para el público (que a su vez tiene derecho a recibir) y el deseo de las autoridades de proteger el proceso democrático frente a las distorsiones provocadas por los grandes grupos económicos que tienen un fácil acceso a los medios de comunicación más influyentes. El TEDH realiza esta ponderación en tres pasos. En el primero examina el proceso por el que la prohibición legal fue adoptada y revisada judicialmente, evidenciando la extraordinaria deferencia con la que la Corte trata al legislador británico (criticada en los votos particulares). En el segundo paso, el TEDH destaca el impacto de la prohibición y señala que la misma no impide que la ONG tenga acceso a medios alternativos tanto audiovisuales como de otro tipo (prensa escrita, Internet, redes sociales, manifestaciones, carteles, etc). Y, en tercer y último lugar, el TEDH aunque considera probado que no existe un consenso europeo en la regulación de la publicidad política audiovisual, señala la tendencia de permitir este tipo de anuncios. Sin embargo, la ausencia de consenso confiere al Reino Unido un mayor margen de apreciación para regular la cuestión, lo que ha hecho sin sobrepassarse.

b) *La negativa de las autoridades a proporcionar una información de interés público vulnera el CEDH*

En el caso ***Youth Initiative for Human Rights contra Serbia, de 25 de junio de 2013***, ante la negativa de la Agencia de Inteligencia serbia de facilitar información sobre el número de personas vigiladas durante el año 2005, a pesar de habérselo solicitado un organismo nacional independiente, el TEDH consideró que esa negativa es una interferencia en la libertad de expresión de la demandante, que exigía esa información para difundirla después y contribuir así al proceso de formación de una opinión pública libre. El TEDH señala que aunque la libertad de expresión puede ser restringida, tal restricción debe cumplir los criterios previstos en el artículo 10.2 CEDH, entre los que se encuentra la legalidad de la

medida, y dado que el Derecho interno exigía la entrega de la información reclamada, el TEDH condenó a Serbia a entregar los documentos indicados a la demandante.

H) Derecho a un recurso nacional (art. 13 CEDH). Sobre el necesario carácter suspensivo de la presentación de una solicitud de asilo

En *Mohammed contra Austria*, de 6 de junio de 2013, el TEDH analiza la denegación de la petición de asilo de un nacional de Sudán, que solicitó protección internacional en Austria, tras entrar en la UE por Grecia y atravesar Hungría. En aplicación del Reglamento Dublín II, la solicitud del demandante fue denegada en Austria, que consideró que el Estado competente para analizar su solicitud era Hungría, país al que debía ser transferido. A pesar de esta decisión, el demandante no fue enviado a Hungría y, un año después, fue detenido por la policía con la intención de ejecutar la decisión de traslado adoptada. Dado que durante ese año, el ACNUR había emitido un informe sobre las terribles condiciones de detención que debían soportar los solicitantes de asilo en Hungría (por la práctica sistemática de las autoridades húngaras de no analizar las solicitudes de asilo de forma adecuada y de devolver a los solicitantes de asilo a Serbia, a pesar de que ese país no garantizaba el «*non-refoulement*»), el demandante solicitó nuevamente asilo en Austria, a fin de que se efectuara una nueva valoración de las circunstancias de su caso y se suspendiera la decisión de traslado a Hungría. Suspensión que se produjo vía medida cautelar del TEDH (art. 39 de su Reglamento), a pesar de que las autoridades austriacas rechazaron dicha petición.

El TEDH señala —en línea con las cuestiones ya planteadas por el caso *M.S.S contra Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011— que siempre que una persona presente una queja defendible que conlleve la eventual vulneración de uno de los derechos del CEDH, deberá garantizársele el acceso a un recurso nacional *efectivo*, para lo cual no será necesario que el recurso se sustancie ante un tribunal, pero sí que sea un recurso accesible, que esté disponible tanto en Derecho como de hecho; que permita examinar de forma detallada el contenido de la queja y proporcionar un remedio adecuado al demandante; y que se resuelva en un plazo razonable. Además, el recurso nacional deberá permitir un estudio detallado, independiente y especialmente ágil de todas las alegaciones, y deberá tener efectos suspensivos automáticos.

Tras analizar los hechos el TEDH llegó a la conclusión de que la normativa austriaca no respetaba las exigencias del CEDH, y que, si bien los Estados pueden prever procedimientos acelerados de tramitación de solicitudes de asilo que sean reiterativas o manifiestamente infundadas, esos procedimientos deberán garantizar los derechos contenidos en el Convenio, inclusive el carácter suspensivo de la presentación de una solicitud de asilo que, como en el caso presente, puede estar planteando hechos nuevos.

I) Prohibición de discriminación (art. 14 CEDH). Nuevo caso de segregación escolar de gitanos

En el asunto *Ladiva y otros contra Grecia*, de 30 de mayo de 2013, se trata de una condena a las autoridades griegas por mantener una situación de segregación escolar

consistente en reservar determinadas escuelas exclusivamente a alumnos de etnia gitana vulnerando el artículo 14 CEDH en relación con el artículo 2 Protocolo n.º 1 CEDH.

**J) Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos (art. 18 CEDH).
La limitación de derechos más allá de los supuestos previstos legalmente lesiona el CEDH**

Se produce aquí una violación de la prohibición de limitar los derechos del CEDH más allá de los supuestos legalmente previstos. En este caso, al hilo de analizar una supuesta violación del derecho de libertad y seguridad de la Ex Primer Ministro ucraniana, se plantea la violación del artículo 18 CEDH. Es el caso *Tymoshenko contra Ucrania, de 30 de abril de 2013*, donde el TEDH concluye que el procedimiento conforme al cual había sido detenida fue arbitrario e ilegal y suponía una limitación adicional a su derecho de libertad y seguridad. Pero lo realmente peculiar de este asunto es la defensa que se hace del artículo 18 CEDH: el TEDH señaló que en este caso (similar al asunto *Lutsenko contra Ucrania*) la queja se planteaba porque la detención había sido utilizada por motivos que nada tenían que ver con la finalidad del artículo 5 CEDH, sino por otros motivos (según la demandante, impedir su participación en la vida política en las elecciones de 2012). Así, la restricción de su derecho de libertad se había producido por razones demostrables que suponen una limitación adicional al citado derecho, contraviniendo lo previsto en el artículo 18 CEDH.

K) Demandas individuales (art. 34 CEDH). El no reconocimiento de las medidas cautelares impuestas a un Estado debilita la eficacia del CEDH

En *Savriddin Dzhurayev contra Rusia, de 25 de abril de 2013*, el solicitante —nacional de Tajikistan y sobre el que pesaba una orden de arresto y extradición a dicho país por su participación activa en el «Movimiento islámico de Uzbekistán» y el atentado contra tres miembros del Parlamento— se había trasladado a Rusia, donde fue finalmente detenido con vistas a su extradición. A pesar de las medidas cautelares aprobadas por el TEDH, el Sr. Savriddin fue secuestrado de su celda en Rusia y trasladado forzosamente a Tajikistan.

Aunque se analiza la violación de los artículos 3 y 5 CEDH, concluyendo el TEDH que sí hubo lesión de los derechos en ellos recogidos (dado que esta práctica de secuestros con la ayuda de algunos funcionarios públicos estaba siendo algo habitual en Rusia y el Gobierno ruso no le ponía freno), este asunto destaca por el incumplimiento de la medida cautelar impuesta por el TEDH. El TEDH recuerda que el papel de las medidas cautelares refuerza el sistema de garantías ofrecido por el CEDH, por lo que cualquier actividad contraria a las mismas —máxime si las medidas se eluden de forma arbitraria e ilegal— debe entenderse como inaceptable, pues debilita la protección que el CEDH otorga a los derechos fundamentales.

Finalmente, el TEDH se pronuncia también sobre la fuerza obligatoria y la ejecución de sus sentencias (artículo 46 CEDH) y condena a Rusia no sólo a pagar la correspondiente indemnización al demandante, sino que la obliga a tomar medidas que pongan fin a la violación reiterada de esta práctica delictiva seguida en el país. Aquí el TEDH se explaya

sobre la importancia de cumplir sus Sentencias, pero no sólo frente al caso concreto juzgado, sino en relación con las consecuencias que se pueden derivar de las mismas en base a evitar medidas que puedan volver a lesionar los derechos reconocidos en el CEDH.

L) Sobre el respeto de los estándares del TEDH. Indemnizaciones pactadas tras sentencias europeas de condena y su efecto reparador del derecho violado

Es relevante el caso *Fabris contra Francia*, de 28 de junio de 2013, sobre la *restitutio in integrum* y las medidas de reparación del derecho que deben comportar las sentencias europeas. La controversia versa sobre la posibilidad de alcanzar un acuerdo amistoso mediante una indemnización (artículo 39 CEDH) y sobre si el mismo puede reparar el derecho violado. En STEDH de 7 de febrero de 2013, se resolvió que el Sr Fabris había sido discriminado, en favor de sus hermanastros, como consecuencia del injusto tratamiento otorgado por la ley francesa a sus derechos de herencia de la propiedad de su madre como consecuencia de ser hijo «ilegítimo» o habido fuera del matrimonio (violándose claramente el artículo 14 CEDH en relación con el artículo 1 Protocolo n.º 1 CEDH). No se enjuició entonces la petición de indemnización por estimarse que la cuestión aún no estaba preparada para una decisión, invitando al Gobierno francés a formular observaciones al respecto. El Gobierno informó que se había alcanzado un acuerdo amistoso entre las partes por una suma de unos 165.000 euros. En consecuencia, la Gran Sala canceló o archivó la demanda (*strike out of the list*) por 16 votos a 1.

Un Voto Particular del Magistrado Pinto de Albuquerque discrepa y argumenta que la mayor lección del caso Fabris radica en que los Estados parte están obligados a respetar los estándares establecidos por la Corte en su jurisprudencia incluso cuando no han estado envueltos en las concretas disputas en las que esa jurisprudencia fue establecida. Las decisiones del TEDH deben cumplirse sin esperar a nuevos procedimientos ante la Corte o al cambio de la legislación. Por tanto, Francia no podía mantener el tratamiento normativo discriminatorio de los niños habidos fuera de matrimonio y contentarse con pagar una indemnización al recurrente como si ello fuera una verdadera alternativa en vez de hacer cesar la discriminación y restablecer la vigencia del principio de igualdad. La ejecución de la sentencia del TEDH habría requerido una diferente respuesta del Estado demandado: introducir un procedimiento civil de revisión de las sentencias que pusiera fin a la discriminación y llevar a una nueva división de la herencia.

M) Derecho de propiedad (art. 1 Protocolo n.º 1 CEDH). Un impuesto del 60% sobre una indemnización por despido es confiscatorio y contrario al CEDH

En el caso *GÁLL contra Hungría*, de 25 de junio de 2013, el TEDH condena a Hungría por vulneración del derecho a la propiedad en relación con el impuesto del 60% que hubo de pagar la demandante sobre la indemnización que percibió tras ser cesada en el puesto de funcionaria pública que desempeñaba. El impuesto fue introducido por el legislador húngaro con carácter retroactivo varios meses después de su cese. El TEDH, tras subrayar que la indemnización indicada podía considerarse como propiedad —ya que la demandante podía esperar legítimamente percibirla dada la normativa nacional—, subrayaba el carácter confiscatorio de un impuesto que superaba el 50% de la cantidad debida y cuya

cuantía había sido alterada por el legislador húngaro de forma inesperada y con carácter retroactivo.

N) Derecho a la educación (art. 2 Protocolo n.º 1 CEDH). El establecimiento de pruebas de acceso con *numerus clausus* para el acceso a determinados estudios universitarios no lesiona el CEDH

En *Tarantino y otros contra Italia*, de 2 de abril de 2013, los demandantes son ocho estudiantes que no obtuvieron plaza en las facultades de medicina y odontología solicitadas, al existir pruebas de acceso con «*numerus clausus*», esto es, un límite de candidatos autorizados para acceder a ciertos estudios universitarios, tanto en los centros públicos como privados.

El TEDH indica que las restricciones impuestas en el examen de acceso y derivadas del establecimiento de *numerus clausus* se encuentran en la legislación aplicable, son previsibles y se ajustan a una finalidad legítima (lograr altos niveles de profesionalidad, garantizando un nivel mínimo de educación), además de actuar en interés general. Además, considera, por un lado, que la exigencia de pruebas de acceso, que permiten identificar a los estudiantes más preparados constituye una medida proporcionada para garantizar un nivel mínimo y adecuado de la educación en las universidades, sin que ello suponga una vulneración del CEDH; y, por otro lado, el TEDH indica que el establecimiento de *numerus clausus* debe alcanzar un equilibrio entre el interés individual de los solicitantes y los intereses de la sociedad en general. En este caso, el Tribunal reiterando su jurisprudencia sobre la regulación del derecho a la educación variable en función de las necesidades y los recursos de la comunidad y de los individuos —en el contexto de la educación superior, no en otros niveles educativos— concluye que esta medida está claramente justificada en las universidades públicas, y que, a priori, podría resultar cuestionable en el caso de los centros privados; aunque afirma que no es desproporcionado ni arbitrario que el Estado regule el acceso a las instituciones privadas.

En este sentido, en tanto que a los recurrentes no se les ha negado el derecho a solicitar otros estudios superiores ni tampoco la posibilidad de cursar estos estudios en el extranjero, además de constatar que no existe un límite en el número de veces que pueden presentarse a las pruebas de acceso, por lo que tienen oportunidad de volver a presentarse a dichas pruebas y, si tienen éxito, obtener una plaza en los estudios universitarios que desean, el TEDH concluye que las medidas impuestas no han sido desproporcionadas y no hay violación del CEDH.

O) Derecho a unas elecciones libres (art. 3 Protocolo n.º 1 CEDH). La limitación del derecho de voto a nacionales de un Estado, pero no residentes en el mismo, no lesiona el derecho a unas elecciones libres

En el caso *Shindler contra el Reino Unido*, de 7 de mayo de 2013, el Sr. Shindler es privado de su derecho a voto a las elecciones parlamentarias en el Reino Unido sobre la base de que el mismo —a pesar de tener nacionalidad británica— residía y se había trasladado a vivir a Italia desde 1982, llevando más de 15 años (periodo establecido por la normativa interna británica) sometido a otro ordenamiento jurídico.

El TEDH concluye que no hubo violación del CEDH porque la restricción o limitación impuesta por la legislación británica cae dentro del margen de apreciación del que dispone el legislador nacional en materia de elecciones parlamentarias y se puede considerar una medida proporcionada con el fin legítimo perseguido, en tanto que, según el TEDH, la legislación impugnada establecía un equilibrio entre los intereses del demandante de participar en las elecciones de su país de origen y la política seguida por el Reino Unido de limitar el derecho de voto a los ciudadanos que sólo tuvieran una estrecha relación con el Reino Unido y, por lo tanto, los que se ven más afectados por sus leyes.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Interés superior del menor (art. 24 CDFUE)

En el asunto *MA, BT, DA y Secretary of State (C-648-11)*, de 6 de junio de 2013, los citados menores de edad no acompañados y que no tenían familia en ningún Estado Miembro de la UE, solicitaron asilo en Reino Unido. Mientras que MA y BT, de nacionalidad eritrea, habían presentado solicitud de asilo en Italia, DA, de nacionalidad iraquí, en Holanda. Aunque Italia y Holanda aceptaron las solicitudes presentadas por el Reino Unido para hacerse cargo de los menores, los mismos recurrieron dicha solicitud. La Corte de Apelaciones pone de relieve que la normativa europea sobre asilo establece que el Estado responsable es el primer Estado en el que se presenta la solicitud, pero respecto de los menores no acompañados el Reglamento 342/2003 declara responsable al «Estado en que se presenta», por lo que ante la duda, la Corte plantea al TJUE cuál es el Estado responsable de examinar una solicitud de asilo en el caso de menores no acompañados.

El TJUE apoyándose en la dicción del Reglamento y en el artículo 24 CDFUE, que reconoce el interés superior del menor, concluye que esta previsión exige que todas las resoluciones que adopten los Estados en materia de asilo deben tener en cuenta el interés del menor, lo que exige que no se alargue «inútilmente el procedimiento de determinación del Estado miembro responsable» y, en este supuesto, que los menores no sean trasladados a otro Estado.

B) Derecho de defensa (art. 47 CDFUE)

a) Acceso a la justicia. Costas no excesivas

En el caso *The Queen y Enviroment Agency (C-260/11)*, de 11 de abril de 2013, el Tribunal Supremo del Reino Unido pregunta al TJUE cómo se debe calcular la condena en costas a un particular, en el marco de las Directivas relativas al Convenio de Aarhus, dado que las mismas exigen que el coste iniciado en defensa del medio ambiente no tenga un coste «prohibitivo». El Tribunal Supremo pregunta, en primer lugar, si las costas deben establecerse conforme a parámetros objetivos generales o en función de la capacidad del demandante; en segundo lugar, cómo se determina si un procedimiento es «demasiado oneroso»; y, en tercer lugar, si las distintas instancias pueden tener un criterio diferente respecto del parámetro a seguir para condenar en costas.

El TJUE afirma (en base al art. 47 CDFUE) que para determinar la condena en costas debe tenerse en cuenta tanto la capacidad económica real del demandante, como la razonabilidad de la medida. El juez puede valorar la complejidad del proceso, su importancia para la protección del medio ambiente, la existencia de asistencia jurídica gratuita, la posibilidad de arbitrar sistemas de limitación de las costas e, incluso, el carácter temerario de la demanda. En todo caso, las costas no deben ser tan elevadas que desincentiven los recursos destinados a proteger el medio ambiente, ni deben desconocer la situación financiera de cada demandante. Si se aplicaran criterios diferentes respecto del sistema de cálculo de las costas en las diferentes instancias —circunstancia no prevista en las Directivas—, no se respetaría el acceso a la justicia y se entorpecería la protección del medio ambiente.

b) Orden de detención europea. Derecho a la tutela judicial efectiva en procesos de extradición o detención

La STJUE de **30 de mayo de 2013, *Jeremy F. (C-168/13-PPU)***, se plantea porque aunque inicialmente el Sr. Jeremy F. fue detenido en Francia en ejecución de una orden de detención europea por secuestro de una menor en Reino Unido, y entregado a este país con su consentimiento para ser allí juzgado, tras la ejecución de la orden de detención y ante las manifestaciones de la menor de que había mantenido relaciones sexuales con el acusado antes de cumplir 16 años —hecho que constituye un delito penado hasta un máximo de 14 años en Reino Unido—, las autoridades británicas solicitaron la ampliación de la orden a nuevas actuaciones penales, lo que fue recurrido por el demandante.

El *Conseil Constitutionnel* pregunta si es contraria a la Decisión Marco la previsión de un recurso de suspensión de la ejecución de una orden de detención europea si se solicita una segunda orden de detención para enjuiciar un delito diferente del que motivó la entrega o para entregar a una persona a otro Estado distinto por delitos cometidos con anterioridad a la infracción que generó la primera orden de detención.

El TJUE recuerda que este recurso de suspensión no está previsto en la Decisión Marco, pero tampoco está prohibido. Además, el proceso de la orden de detención europea debe contar con todas las garantías derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en los artículos 13 CEDH y 47 CDFUE, y sólo podrá suspenderse si se dan las condiciones señaladas por el artículo 7 TUE. Por tanto, dado que la Decisión Marco no impide que se prevea un recurso suspensivo en estos casos, y dado que este recurso garantiza la tutela judicial efectiva, su previsión no es incompatible con el Derecho de la UE, aunque el TJUE recuerda que la Decisión Marco concede 10 días para ejecutar la orden en caso de consentimiento del detenido y 60 en los restantes, cabiendo una prórroga muy excepcional de 30, los plazos de la citada Decisión no podrán incumplirse en ningún supuesto, ni con recursos internos.

c) Derecho a la tutela judicial efectiva

En ***ZZ y Secretary of State (C-300-11)***, de **4 de junio de 2013, ZZ**, de nacionalidad argelina y francesa, y casado con una nacional del Reino Unido, con la que tiene ocho hijos de edades entre 9 y 20 años, residió legalmente en Reino Unido desde 1990 hasta 2005,

concediéndosele en 2004 un derecho de residencia permanente. En agosto de 2005, mientras se encontraba en Argelia, el Secretario de Estado revocó su residencia permanente y le prohibió entrar en el país. Ante el intento sin éxito en el 2006 del Sr. ZZ de entrar en Reino Unido, el mismo interpuso recurso ante la Comisión Especial de Recursos en Materia de Inmigración (SIAC), quien confirmó la citada prohibición basándose esencialmente en la supuesta relación de ZZ con una banda terrorista.

El TJUE asegura que el artículo 47 CDFUE exige que se comuniquen al interesado los motivos por los que se adopta una resolución para que pueda defender sus derechos en las mejores condiciones posibles; y, en el marco de los procedimientos judiciales, reconoce el principio de contradicción, principio que exige que las partes puedan conocer y discutir todos los documentos y observaciones presentados ante el juez. Ahora bien, tanto en un procedimiento administrativo como en uno judicial es posible que no se comunique al interesado toda la información por razones de seguridad del Estado (como se deriva del artículo 52 CDFUE). El derecho nacional debe conciliar la seguridad nacional, y la tutela judicial mediante un control judicial efectivo de la existencia y fundamento de las razones que justifican la decisión de no comunicar todos los elementos de una resolución al interesado. El Estado deberá demostrar al juez que la seguridad nacional se podría ver efectivamente comprometida, para que el juez pueda llevar a cabo un control independiente. Será en último extremo el juez nacional quien determine si deben o no comunicarse al interesado las razones de la decisión, así como el alcance de la no comunicación, garantizándose así la tutela judicial efectiva.

4. JURIPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). La regulación legal de las uniones de hecho debe ser dispositiva y respetar la voluntad individual de excluir algunos efectos del matrimonio

El Tribunal declara la inconstitucionalidad una ley por vulneración del que denomina «derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE» (FJ 9) o «libertad consagrada en el art. 10.1 CE» (FJ 11). Estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

El Tribunal considera que la Ley Foral no contradice el art. 32.1 CE, ni en su vertiente positiva ni en la negativa de derecho a no contraer matrimonio, pues no regula ninguna forma de matrimonio sino que se limita a normar las consecuencias de una situación de hecho claramente diferente. Asimismo, el Tribunal niega que la Ley Foral vulnere el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE puesto que, al definir la «pareja estable» (art. 2.2), la caracterizaba no sólo como «unión libre», sino también «pública», adjetivo que implica que quienes integran la pareja han manifestado públicamente su condición de pareja estable. Ahora bien, el Tribunal considera que algunos preceptos de la Ley Foral establecen un régimen jurídico imperativo para las que denomina «parejas estables». Para ser respetuoso con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dicho régimen debería haber sido «dispositivo», otorgando a los miembros de la pareja la facultad de excluir los efectos de la Ley con los que no estuvieran de acuerdo. De esta forma, la Sentencia

declara la inconstitucionalidad del inciso del art. 2.2 de la Ley Foral que define el ámbito de aplicación de la Ley de forma automática, así como otros preceptos que completan esta definición, y otros artículos que regulan diversos efectos jurídicos de las uniones de hecho que no pueden considerarse relativos a derechos fundamentales u orden público, sino que regulan derechos privados que debieron establecerse con carácter dispositivo para los miembros de las uniones de hecho (aspectos relativos al régimen económico, pensiones compensatorias, tutela, curatela, incapacidad, etc). Sin embargo, no se considera inconstitucional el art. 8 de la Ley Foral, que se refiere a la posibilidad de que los miembros de una pareja estable adopten un/a hijo/a de forma conjunta: el Tribunal manifiesta que el deber de protección integral de los hijos derivado del art. 39.2 CE no queda afectado por dicho precepto, pues queda asegurado como objetivo fundamental la preservación del interés del menor (STC 198/2012). A pesar de este pronunciamiento, el Voto Particular del Magistrado D. Juan José González Rivas estima que debió declararse inconstitucional el citado art. 8 en cuanto que permite la adopción por parte de parejas homosexuales.

B) Igualdad (art. 14 CE)

- a) *La excepción a la exigencia legal de reconocimiento para las universidades creadas por la Iglesia Católica respecto a otras universidades privadas vulnera el derecho a la igualdad*

La **STC 131/2013, de 5 de junio**, estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la LO 6/2001 de Universidades (LOU). El Tribunal analiza, entre otros asuntos, la posible vulneración del derecho a la autonomía universitaria del art. 27.10 CE en relación con la participación del Consejo Social (art. 14.3 LOU) y con la intervención de la ANECA en la contratación del personal docente (arts. 50-52 LOU), pero la desestima razonando que en el Consejo Social está prevista la presencia, aún minoritaria, de miembros de la comunidad académica y porque la intervención de la ANECA no se trata de una exigencia desproporcionada para asegurar la calidad del profesorado.

El único precepto de la LOU que es declarado inconstitucional es el último inciso de la Disposición Adicional Cuarta, apartado segundo, párrafo primero, sobre la excepción del requisito (sí exigido para las instituciones privadas) de las Universidades creadas por la Iglesia católica, de una ley de reconocimiento. El TEDH señala la importancia de la ley de reconocimiento como instrumento para garantizar la calidad de la docencia e investigación y para asegurar que las universidades disponen de los medios y recursos adecuados para el cumplimiento de las funciones que les ha asignado el legislador orgánico; y considera que esta excepción en el régimen de las universidades creadas por la Iglesia Católica con respecto a las demás universidades privadas supone un trato diferenciado y favorable que carece de una finalidad objetiva y razonable, por lo que vulnera el derecho a la igualdad del art. 14 CE. En contra de esta declaración de inconstitucionalidad acompañan a la Sentencia varios Votos Particulares firmados por seis Magistrados, quienes consideran que dicha excepción sí responde a una finalidad objetiva y razonable.

b) Reiteración de jurisprudencia constitucional sobre acceso a prestaciones sociales

Es habitual que el Tribunal Constitucional resuelva los asuntos por series. Una vez resuelta la cuestión de inconstitucionalidad sobre la incompatibilidad con el art. 14 CE de la regulación contenida en la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la LGSS relativa al cómputo de cotizaciones realizadas por los trabajadores a tiempo parcial, STC 61/2013, de 14 de marzo (*vid.* Justicia Administrativa núm. 60), se aplica la misma doctrina a los casos pendientes. Así ha sucedido en las **SSTC 71 y 72/2013, de 8 de abril, y 116 y 117/2013, de 20 de mayo**. En el asunto resuelto por **STC 77/2013, de 8 de abril**, se concede el amparo solicitado, habida cuenta que la STC 41/2013, de 14 de febrero (*vid.* Justicia Administrativa núm. 60) decretó la inconstitucionalidad del requisito para acceder a la pensión de viudedad de que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.

C) Derecho de acceso a los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE)

a) Composición de la Junta de Gobierno municipal

Señala la **STC 103/2013, de 25 de abril**, que resulta inconstitucional y nulo el art. 126.2, párrafo segundo, inciso primero LBRL, que posibilitaba que el Alcalde nombrase como miembros de la Junta de Gobierno a personas que no ostentaban la condición de concejales. Se basa para construir su argumento tanto en el artículo 23 como en el 140 CE, que considera que otorgan una especial legitimación democrática al Gobierno municipal frente a la profesionalización que quería imponer el legislador básico. El Magistrado Ollero Tasara formula Voto particular al que se adhiere Pérez de los Cobos Orihuel.

b) Concejales alcaldables y concejales no alcaldables. No puede ser elegido alcalde quien no formó parte de las listas electorales

La **STC 125/2013, de 23 de mayo**, otorga el amparo interpuesto por Foro Asturias Ciudadanos y varias personas más contra la elección y proclamación de D. Ignacio F.D. como Alcalde de Cudillero, por no haber concurrido éste a las elecciones municipales de 2011, sino por haber obtenido el puesto de Concejales tras la renuncia del anterior Alcalde y de otras renunciaciones sucesivas por la vía prevista en el art. 182.2 LOREG.

El Tribunal considera que quienes accedan al puesto de Concejales por esta vía no tienen legitimidad suficiente para acceder a la Alcaldía pues para este cargo se exige un plus de representatividad (conforme a lo previsto en el art. 196.a) LOREG y art. 140 CE). Aunque son los grupos municipales los que pueden presentar un candidato a Alcalde, ello no puede desvirtuar la conexión entre electores y elegidos que no puede ser interferida en sus elementos esenciales por ningún grupo político. En caso contrario, se estaría alterando gravemente la voluntad del cuerpo electoral y viciando la relación representativa entre el conjunto de los ciudadanos y los órganos representativos y, en consecuencia, vulnerando el derecho de participación política y de acceso a los cargos públicos representativos del art. 23.1 y 2 CE. El Voto Particular del Magistrado D. Andrés Ollero discrepa del parecer mayoritario y considera que si no se declaró inconstitucional el art. 182.2 LOREG tampoco debería considerarse la elección de Alcalde analizada.

D) Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)

a) Indefensión del titular registral de un bien objeto de ejecución hipotecaria por la falta de notificación y la negativa a que pueda ser parte del proceso

En la **STC 79/2013, de 8 de abril**, se analiza la indefensión causada por el hecho de que ante un procedimiento judicial —en el que se procedió a subastar y adjudicar una vivienda que figuraba inscrita a nombre de la parte recurrente en el Registro de la Propiedad— no se notificó la existencia del procedimiento ni se permitió comparecer en el mismo al recurrente.

El TC estima el amparo y considera que se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por cuanto que, aunque el juicio hipotecario carezca de una fase de cognición, no por ello admite excepciones al derecho de defensa de los interesados, no siendo admisibles lecturas restrictivas de la intervención de quienes son titulares de derechos e intereses legítimos. En este caso, el Tribunal considera (al hilo de analizar el art. 685 LEC entendido según el art. 24 CE) que el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede desarrollarse a espaldas del titular registral, como aquí ha sucedido. La inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos *erga omnes*, por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que éste conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral.

b) Las resoluciones judiciales que no autorizan las comunicaciones vis a vis entre reclusos y familiares no lesionan la tutela judicial

En la **STC 128/2013, de 3 de junio**, el objeto del amparo es la decisión de la Administración penitenciaria de no autorizar al demandante/recluso, comunicaciones *vis a vis* con sus primos. El régimen de autorización no impedía el *vis a vis* con los primos, sino el hacerlo sin más comprobaciones que la relación de parentesco. El TC considera que la limitación del acceso *incondicionado* a los parientes dentro del segundo grado, acordada por el Centro penitenciario, encuentra cobertura en el art. 51.1 LOGP, el cual permite establecer restricciones cuando lo exijan «razones de seguridad» o «del buen orden del establecimiento». El Tribunal considera que tal limitación es una medida proporcionada, con la citada finalidad legítima, no se extiende más allá de lo estrictamente preciso, y, por último, no es arbitraria, esto es, caprichosa o adoptada en contemplación de la específica persona del demandante de amparo.

c) Inconstitucionalidad de ley singular y autoaplicativa de convalidación de acto administrativo anulado por los tribunales para eludir el control contencioso-administrativo y su previsión legal

La **STC 129/2013, de 4 de junio**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 9/2002, de Castilla y León, sobre declaración de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés. La Ley se tramitó y aprobó en menos de dos meses, a raíz del cierre de un centro de residuos en ejecución de una sentencia del Tribunal Supremo, permitiendo así la reapertura inmediata del centro. Se

producía así una suerte de «validación legislativa» de un acto administrativo anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa.

El TC señala que estamos en presencia de dos tipos de leyes comprendidas dentro un mismo acto legislativo, una general y otra singular autoaplicativa. El artículo único de la Ley impugnada contiene una regulación general de los proyectos regionales de infraestructuras de residuos y dentro de la misma se atribuye al legislador la competencia para su aprobación, con lo cual llama a una ley singular y autoaplicativa. Al respecto, resulta de plena aplicación la doctrina sobre la inicial fungibilidad de las funciones normativa y ejecutiva (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11), según la cual no existe, en principio, una reserva a la Administración autonómica del ejercicio de la función reglamentaria y administrativa. Pero, dice el TC, las leyes singulares, aun cuando sean autonómicas, deben respetar los límites relativos a los derechos fundamentales. Y, por ello exige, en primer lugar, que sus titulares puedan acceder a este Tribunal reclamando el control de constitucionalidad de la norma legal autoaplicativa, lo que no ocurre en este caso. Y, en segundo lugar, se exige que el control que realice el TC sea suficiente para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede otorgar, frente a un acto administrativo, la jurisdicción contencioso-administrativa, pues en modo alguna la reserva de ley puede servir como instrumento dirigido a evitar o disminuir la protección de los derechos e intereses legítimos amparados por la legalidad ordinaria. Por todo ello, se aprecia vulneración del art. 24,1 CE y se anulan, entre otras disposiciones, tanto el precepto que establece la reserva formal de ley para la aprobación del proyecto regional de infraestructuras de residuos, como la ley singular autoaplicativa que aprueba cierto proyecto.

d) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de magistrados constitucionales, de los que se enjuicia su responsabilidad civil, al no aplicar la prohibición constitucional y legal de revisar y controlar el contenido de las resoluciones del TC por cualquier otro órgano del Estado

En la **STC 133/2013, de 5 de junio**, el objeto del amparo es la interpretación y aplicación realizada por el órgano judicial sobre la no concurrencia de dos concretos óbices procesales: la imposibilidad de control y revisión de las resoluciones del TC por parte de ningún otro órgano del Estado y la inviolabilidad de los Magistrados del TC por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus cargos. El Tribunal considera que la decisión judicial de proseguir un enjuiciamiento contra los recurrentes por pronunciarse sobre la eventual responsabilidad civil en que habrían incurrido por una supuesta incorrección jurídica de la interpretación de concretas disposiciones de la LOTC, contenida en dos resoluciones dictadas en el ejercicio exclusivo de sus competencias, es una decisión irrazonable por no estar fundada en Derecho y, por tanto, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Por otro lado, sobre la supuesta responsabilidad civil de los Magistrados por incumplimiento de su «deber de resolución» —vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24,1 CE en su dimensión del deber de motivación de las resoluciones judiciales—, se aprecia que los Magistrados constitucionales ahora demandantes de amparo «se negaron lisa y llanamente a entrar a resolver una petición de amparo so pretexto de que iba dirigida a un hipotético tribunal» (incurriéndose así en «*error patente*») y porque no estaba «fundada en Derecho». Por todo ello, dice el TC, sin perjuicio de que haya de

afirmarse, también como conclusión, la eventual responsabilidad civil en que pudieran incurrir los Magistrados del TC, en ningún caso podrá deducirse del enjuiciamiento de las resoluciones jurisdiccionales que el mismo dicte.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derechos Fundamentales

- a) *Derecho a la propia imagen (art. 18 CE). La difusión de la imagen de un menor exige el consentimiento de sus progenitores y la anuencia del Ministerio Fiscal*

La **STS 311/2013, de 8 de mayo, Sala Primera, Ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos**, confirma las sentencias de instancia y considera que el Partido Popular de Manises vulneró el derecho a la propia imagen de un menor de edad al ser utilizada por la formación política en vídeos promocionales de una de sus campañas electorales. Aunque la imagen del menor fue captada en un acto público de inauguración de una escuela y la televisión pública ya la había difundido, el TS entiende que la inicial difusión de esa imagen en un acto de interés público en el que el menor aparecía de forma accesorio, nada tiene que ver con la posterior utilización de esa misma imagen en un vídeo promocional. En ese caso, señala el TS, no resulta de aplicación la excepción recogida en el art. 8.2.c) LO 1/1982, de modo que la imagen del menor no puede difundirse sin la necesaria autorización de sus representantes legales, con anuencia del Ministerio Fiscal (art. 3 de esa misma ley).

- b) *Derecho de huelga (art. 28.2 CE). Servicios mínimos en huelga de Centros Educativos de menores de 3 años y de Educación Especial*

En la **STS de 15 de abril de 2013, Ponente D.^a Celsa Pico Lorenzo**, el TS tras recordar su jurisprudencia acerca del ejercicio del derecho de huelga, los servicios mínimos, y el significado de la motivación de los citados servicios, analiza que no cabe fijar los servicios mínimos en un 100%, incluso en el ámbito de las urgencias médicas, pues equivaldría a cercenar el ejercicio del derecho de huelga, y por otro lado añade que la proporcionalidad en la decisión gubernativa constituye un criterio principal en la adopción del Acuerdo. De acuerdo con la doctrina del TS y del TC, se estima la casación anulando la sentencia de instancia por considerar no lesionado el art. 28 CE, aún cuando la motivación fuera parca.

- c) *Reserva de Ley en materia de Derechos Fundamentales (art. 53.1 CE). Regulación de procesos de control de dopaje y laboratorios de análisis autorizados y del establecimiento de medidas complementarias. Autonomía del paciente*

En la **STS 28 de mayo de 2013, Ponente D. Segundo Menéndez Pérez**, el objeto de la controversia es la modificación de la regulación, por Real Decreto, de los procesos de

control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y el establecimiento de medidas complementarias de prevención de dopaje y protección de la salud en el deporte. Se considera que la nueva normativa al modificar el régimen de controles, realiza una restricción de los derechos fundamentales de los deportistas, sin que exista una habilitación legal para ello. El TS recuerda que los controles de salud siempre deben justificarse por causas médicas, necesitando el libre y voluntario consentimiento del afectado, y concluye desestimando el recurso contencioso-administrativo presentado.

B) Extranjería

a) *Reglamento de la Ley de Extranjería*

En la STS de 11 de junio de 2013, Sala Contencioso-Administrativa, Ponente D.^a **Maria Isabel Perelló Doménech**, se recurre por una Asociación catalana diversos artículos del Reglamento de la LO de Extranjería. En concreto, los artículos relativos a los «plazos para la interposición de recursos», la inclusión de «la situación nacional de empleo» en la residencia temporal por arraigo social, y la «voluntad de recurrir». La Sala tras recordar su jurisprudencia declara la nulidad del inciso, por considerar que el trabajador extranjero tiene pleno derecho a impugnar por sí mismo un acto administrativo que afecta de modo negativo a su esfera de intereses, y hacerlo desde la fecha en que se le comunique, sin que tenga sentido que el Reglamento establezca la obligación de notificar el acto administrativo para a continuación limitar el derecho del recurso tan sólo al empleador. La Sala estima en parte el recurso planteado anulando, por su desconformidad a Derecho, el último inciso relativo a los plazos para interponer los recursos, desestimando el resto de las pretensiones.

b) *Asilo. Protección internacional y petición de reexamen. Denegación del estatuto de refugiado*

En las SSTS de 10 y 24 de junio de 2013, Sala Contencioso-Administrativa, Ponente D. **Pedro Yagüe Gil**, se estiman los recursos de casación, y se desestiman los recursos de instancia, anulando las resoluciones administrativas impugnadas en los procesos, y ordenando que las solicitudes de protección internacional sean formalmente admitidas a trámite, obligando a dar un tratamiento diferenciado a las personas que soliciten protección internacional, como apunta el ACNUR en sus Informes, siendo esencial en estos casos concretos el tener presente que las identidades de los interesados, así como la información relacionada con sus peticiones de protección internacional han sido objeto de amplia cobertura mediática, lo que coloca a los interesados en una situación especialmente vulnerable en caso de ser retornados a Marruecos.

c) *Visados. Visado de reagrupación familiar en régimen comunitario. Cuba*

La STS de 27 de junio de 2013, Sala Contencioso-Administrativa, Ponente D. **Manuel Campos Sánchez-Bordona**, denegó las solicitudes de visado de reagrupación familiar en

régimen comunitario, a los nacionales de la República de Cuba, padres de la recurrente, que pretendían vivir en España junto con su hija, nacida en Cuba y que había adquirido la nacionalidad española por residencia. El Tribunal de instancia desestimó el recurso por no poderse determinar si los reagrupados cumplían el requisito de «estar a cargo de» su hija ya nacionalizada española.

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA
RAÚL CANOSA
ISABEL PERELLÓ
RAFAEL BUSTOS
ENCARNA CARMONA
JOAQUÍN BRAGE
IGNACIO GARCÍA VITORIA
MARÍA DÍAZ CREGO
MÓNICA ARENAS
YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS
MIGUEL PÉREZ-MONEO
MARÍA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL
MARIO HERNÁNDEZ RAMOS
ARGELIA QUERALT
LUCIA ALONSO
ROBERTO ROSINO

IV. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. DERECHO COMUNITARIO.
 - A) **Garantías que exige la jurisprudencia comunitaria para la aprobación por el legislador de proyectos con especial repercusión sobre el medio ambiente.**
3. BASES.
 - A) **Se admite la colaboración reglamentaria para la definición de las bases, especialmente en relación con materias de carácter técnico, como es el caso de la educación.**
 - B) **Las Comunidades Autónomas no pueden adoptar ninguna disposición en el ámbito material reservado a la legislación básica, ni siquiera para reproducir con exactitud las previsiones estatales.**
4. LEY ORGÁNICA.
 - A) **Es posible la remisión de la regulación de determinadas cuestiones por la Ley Orgánica al Reglamento siempre que la misma no tenga carácter incondicional.**
5. LEY.
 - A) **Ley singular: la vulneración del art. 24.1CE constituye un límite para su aprobación.**
 - B) **Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley: deben ser precisados por el Tribunal Constitucional.**
6. REGLAMENTO.
 - A) **Legitimación para impugnar un reglamento**
 - B) **Procedimiento de elaboración de los reglamentos**
 - a) Dictamen del Consejo de Estado.
7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.
 - A) **Principio de igualdad en la Ley.**
 - a) La exención de la ley de reconocimiento a favor de las Universidades de la Iglesia Católica establecida en la Ley Orgánica de Universidades frente al resto de las universidades privadas, es discriminatoria.

- b) La determinación de los periodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial vulnera el principio de igualdad ante la Ley.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la **STC 138/2013, de 6 de junio** y la jurisprudencia contencioso-administrativa hasta el 1 de septiembre de 2013.

2. DERECHO COMUNITARIO

A) **Garantías que exige la jurisprudencia comunitaria para la aprobación por el legislador de proyectos con especial repercusión sobre el medio ambiente**

La **STC 129/2013, de 4 de junio**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados del Congreso, contra la Ley de las Cortes de Castilla y León 9/2002, de 10 de julio, sobre declaración de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad.

El Tribunal comienza su análisis sobre esta cuestión destacando que no corresponde a la jurisdicción constitucional sino a la ordinaria el control del cumplimiento del Derecho comunitario, que afecta de forma muy relevante a los proyectos regionales de infraestructuras de residuos, dada la repercusión que este tipo de infraestructuras tienen sobre el medio ambiente. No obstante, sin perjuicio de su falta de jurisdicción sobre esta cuestión, el TC expone la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en su Sentencia de 18 de octubre de 2011 (*Boxus v. Région wallone*, asuntos acumulados C-128/2009 a C-134/2009 y C-135/2009), ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación del art. 9, apartado 2, del Convenio europeo de 25 de junio de 1998 y la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 2003/35. En esta Sentencia el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, cuando los proyectos con especial repercusión sobre el medio ambiente son aprobados por el legislador en lugar de por la Administración.

En relación con esta cuestión el Tribunal de Justicia exige que el acto legislativo se someta a un órgano jurisdiccional, que pueda dejarlo sin aplicación, si la ley no reúne los requisitos exigidos por la normativa comunitaria. En concreto, el Tribunal de Justicia considera necesario que un Tribunal juzgue si «el proyecto debe, además adoptarse en detalle, a saber, de manera suficientemente precisa y definitiva, de suerte que el acto legislativo que lo adopte contenga, al igual que una autorización, todos los datos pertinentes para la evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente, una vez tomados en consideración por el legislador (STJUE *WWF y otros*, de 16 de septiembre de 1999, apartado 59). El acto legislativo debe, pues, acreditar que los objetivos de la Directiva 85/337 se han alcanzado en lo que respecta al proyecto en cuestión» (considerando 39).

En conclusión el Tribunal en cuestión debe poder comprobar que el legislador ha dispuesto de la información suficiente en el momento de aprobar el proyecto, para lo que debe tener en cuenta tanto el contenido del acto legislativo adoptado como el conjunto del procedimiento legislativo que condujo a su adopción, y en particular los trabajos preparatorios y los debates parlamentarios.

Finalmente el Tribunal Constitucional hace referencia a que este control de legalidad que impone el Derecho europeo queda fuera, sin duda alguna, en la actualidad, de la función que puede desempeñar el Tribunal Constitucional en este ámbito.

3. BASES

A) **Se admite la colaboración reglamentaria para la definición de las bases, especialmente en relación con materias de carácter técnico, como es el caso de la educación**

La **STC 131/2013, de 5 de junio** resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de diputados contra determinados artículos: de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades.

Los recurrentes articulan el recurso en torno a tres perspectivas: la adecuación de los mandatos contenidos en la Ley con respecto del sistema constitucional de fuentes, especialmente en lo relativo a la exigencia de ley orgánica; la adecuación del contenido de la Ley al sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas; y, por último, a la eventual vulneración por parte de los preceptos impugnados de los derechos fundamentales a la autonomía universitaria, a la libertad académica y a su disfrute en condiciones de igualdad

Por su parte, la Abogada del Estado defiende la constitucionalidad de la norma, a partir de los siguientes principios: el que la autonomía universitaria sea un derecho fundamental no impide la potestad del legislador para regular la organización de las universidades, si bien el ejercicio de tal potestad debe realizarse respetando el contenido esencial de la autonomía constitucionalmente garantizada; en segundo lugar, el carácter excepcional de la reserva material de la ley orgánica y la doctrina de este Tribunal acerca de su alcance en lo que al desarrollo de los derechos fundamentales se refiere; y, en tercer lugar, en cuanto al régimen relativo al reparto de competencias en la materia, de acuerdo con lo establecido en el art. 149.1.1 y 30 CE, sostiene que las competencias estatales en materia de enseñanza son de carácter normativo y ejecutivo, sin que pueda descartarse la incidencia de otros títulos. Sin embargo, la intervención estatal prevista en la Ley Orgánica no excluye la de las Comunidades Autónomas, resultando una triple dimensión competencial: la universitaria, en razón de su autonomía, la de las Comunidades Autónomas y la del propio Estado

En relación con la posibilidad de regulación de las bases a través de una norma reglamentaria, el Tribunal recuerda que la intervención del reglamento en la determinación de las bases ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional, por cuanto «conforme a nuestra jurisprudencia, siendo aquél el contenido que mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta (la ley) la forma normativa que, por

razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada (por todas, STC 69/1988, de 19 de abril), no lo es menos que también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado (STC 235/1999, de 16 de diciembre), y son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten e incluso sobre el territorio (SSTC 50/1990, de 6 de abril y 147/1991, de 4 de julio, respectivamente).

B) Las Comunidades Autónomas no pueden adoptar ninguna disposición en el ámbito material reservado a la legislación básica, ni siquiera para reproducir con exactitud las previsiones estatales

En la **STC 123/2013, de 23 de mayo** se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el art. 16 de la Ley canaria 2/2002, de 27 de marzo, de establecimiento de normas tributarias y de medidas en materia de organización administrativa, de gestión relativas al personal de la Comunidad Autónoma de Canarias y de carácter sancionador que modifica la disposición adicional quinta de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario,

El Gobierno de la Nación considera que el art. 16 de la Ley 2/2002, que da nueva redacción a la disposición adicional quinta de la Ley canaria 11/1997, del sector eléctrico canario, es inconstitucional porque ignora la legislación básica del Estado contenida en la Ley del sector eléctrico y dictada al amparo de la competencia estatal para establecer las bases del régimen energético (art. 149.1. 25 CE), en relación con las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE). El citado art. 16 de la Ley 2/2002, de 27 de marzo, con el título «Funciones del gestor de la red de transmisión de energía eléctrica», dispone que «corresponderá al gestor de la red de transmisión asegurar el correcto funcionamiento de los sistemas eléctricos insulares, de modo que se garantice la continuidad, seguridad y calidad del suministro de energía eléctrica en las Islas, asumiendo las funciones necesarias para garantizar la gestión técnica de los mismos. Esta regulación se opone a la legislación básica del Estado en esta materia.

Dicha legislación básica cumple las exigencias formales que exige el Tribunal Constitucional ya que la Ley estatal del sector eléctrico declara el carácter básico de sus preceptos con fundamento en el art. 149.1.13 y 25 CE. No obstante, es necesario comprobar que los preceptos calificados como básicos reúnen los requisitos materiales que exige la jurisprudencia constitucional.

En este sentido, el Tribunal ha determinado que una norma será materialmente básica si garantiza «el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias» (STC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 3). Esto es, «un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional» (STC 147/1991, de 4 de julio, FJ 4), dirigido a «asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad», dado que las bases «atienden a aspectos más estructurales que coyunturales» (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1). En consecuencia, según la más reciente STC 22/2012, de 16 de febrero (FJ 3), por bases «han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el

marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto».

El citado art. 16 de la Ley canaria 2/2002, de 27 de marzo atribuye a la figura del gestor de la red de transmisión de energía eléctrica unas funciones y un contenido incompatibles con el modelo diseñado con carácter básico por el Estado en la Ley del sector eléctrico, que distingue claramente entre el operador del sistema y el gestor de la red de transporte. Según ese diseño básico, el primero es el encargado, de modo principal, de garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte de la energía eléctrica (art. 34 LSE). Mientras que el segundo, el gestor de la red de transporte, es el encargado de transmitir la electricidad a través de las redes de alta tensión desde los lugares de producción hasta los puntos de distribución o consumidores finales (art. 35 LSE).

Sin embargo, la Ley canaria atribuye al gestor de la red de transmisión un papel equivalente al que en la Ley del sector eléctrico corresponde al operador del sistema.

En consecuencia, el legislador canario ha vulnerado el modelo básico estatal, excediendo el ámbito de su competencia de desarrollo, sin que las singularidades que la propia Ley del sector eléctrico contempla para el suministro de energía eléctrica en los territorios insulares preste la necesaria cobertura al precepto impugnado, ya que corresponde al Estado establecer las especificidades derivadas de su ubicación territorial.

El Tribunal fundamenta el carácter básico de esta regulación en que la creación de las figuras del operador del mercado y, en especial, por lo que ahora interesa, del operador del sistema, la determinación de su forma jurídica y régimen accionarial y societario, y el contenido de sus respectivas funciones y régimen de ejercicio, perfilan un modelo institucional que persigue garantizar el correcto y eficiente funcionamiento objetivo y transparente del sector eléctrico en régimen de libre competencia con el objetivo último de garantizar el suministro de energía eléctrica en todo el territorio nacional. Por lo tanto, considera que no hay duda de que los preceptos de la Ley del sector eléctrico considerados definen elementos nucleares del sistema eléctrico que encajan en el concepto material de bases, puesto que para asegurar el correcto funcionamiento del sector eléctrico en régimen de competencia es imprescindible la designación de instituciones responsables, que deben actuar bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia.

El Tribunal concluye que la regulación autonómica recurrida, en la medida que incide directamente en el mencionado diseño institucional básico, resulta contraria al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias en la materia. Según reiterada jurisprudencia constitucional, las Comunidades Autónomas no pueden adoptar ninguna disposición en el ámbito material reservado a la legislación básica, ni siquiera para reproducir con exactitud las previsiones estatales, por impedirlo en este caso la doctrina sobre la *lex repetita* sistematizada por la STC 341/2005, de 21 de diciembre (FJ 9), y reiterada últimamente entre otras, en la STC 137/2012, de 19 de junio (FJ 2).

4. LEY ORGÁNICA

A) Es posible la remisión de la regulación de determinadas cuestiones por la Ley Orgánica al Reglamento siempre que la misma no tenga carácter incondicional

La **STC 131/2013, de 5 de junio** resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de diputados contra determinados artículos: de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades.

En relación con la reserva de ley de orgánica, se impugnan dos preceptos: el art. 4.3 de la Ley Orgánica de Universidades, que dispone que el Gobierno, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria, determinará, con carácter general, los requisitos básicos para la creación y reconocimiento de Universidades, y el art. 32, que dispone que, mediante acuerdo de Consejo de Ministros, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria, el Gobierno autorizará la constitución de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación.

Los recurrentes consideran que, en ambos casos, la remisión al reglamento supone una deslegalización de la materia que contraviene la reserva de ley orgánica: en el caso del art. 4.3 LOU porque se trata de una cuestión nuclear de la autonomía universitaria y en el del art. 32 LOU debido a la incidencia que tienen los informes de la agencia en el ámbito de los derechos fundamentales en concreto, en el ámbito del derecho a la autonomía universitaria, ya que se le encomiendan facultades de evaluación de los planes de estudio, o del derecho de acceso a la función pública.

El Tribunal Constitucional reitera la admisibilidad de la colaboración entre la ley orgánica y el reglamento siempre que esta remisión no desvirtúe la finalidad que tiene reservar determinadas materias a su regulación por este tipo de leyes. A juicio del Tribunal, la introducción en nuestro ordenamiento constitucional de la categoría de Ley Orgánica, a la cual se reserva la regulación de determinadas materias, no altera las relaciones tradicionalmente establecidas entre la Ley y el Reglamento.

Aplicando esta doctrina a los preceptos impugnados, el Tribunal considera que en el art. 4.3 LOU no se producía una remisión incondicionada al reglamento para la regulación de las cuestiones relativas a la creación y reconocimiento de las universidades, cuestiones sometidas a la reserva de Ley Orgánica. Por un lado, dicho precepto obliga a que el reglamento ponga en relación los requisitos para la creación y reconocimiento de las universidades con las funciones legalmente contempladas que les son encomendadas y, además, la Ley configura el procedimiento de creación de las universidades públicas y de reconocimiento de las privadas, exigiendo la aprobación de una ley de las Cortes Generales o de la Asamblea legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma. Por lo tanto, el Tribunal considera que en este precepto no se ha producido ninguna vulneración de ley orgánica ya que las cuestiones nucleares relativas a la creación y reconocimiento de las universidades sí aparecen determinadas por el legislador, que delimita suficientemente la intervención reglamentaria.

Por lo que se refiere al art. 32 LOU, el Tribunal considera que su impugnación también debe ser desestimada, dado que tampoco en este caso cabe afirmar que se produce una deslegalización de la reserva de ley orgánica. Los recurrentes alegaron que el citado

precepto, al remitirse al reglamento, deslegalizaba la regulación de cuestiones tan trascendentales como la composición y actividad de la entidad administrativa, afectando directamente a algunos derechos fundamentales. Sin embargo, el Acuerdo del Consejo de Ministros al que remite el precepto impugnado se refiere exclusivamente a la autorización por parte del Gobierno de la constitución de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y de la Acreditación, sin que del precepto en cuestión se derive que el Gobierno, mediante norma reglamentaria, haya de regular los demás aspectos a los que se ha hecho referencia. Además a lo largo del articulado de la Ley se hacen muchas referencias a diferentes informes o evaluaciones que debe emitir (arts. 31.3, 50, 52, 55.4 y 69.4, entre otros) y que le corresponden sin perjuicio de las que desarrollen los órganos de evaluación creados por las leyes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias u otras agencias de evaluación del Estado o de las Comunidades Autónomas. Por lo tanto, el Tribunal concluye que en este caso tampoco se produce una vulneración de la reserva de Ley Orgánica.

Sobre la misma cuestión, **STC 134/2013, de 6 de junio**.

5. LEY

A) **Ley singular: la vulneración del art. 24.1 CE constituye un límite para su aprobación**

La **STC 129/2013 de 4 de junio**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados contra la Ley de las Cortes de Castilla y León 9/2002, de 10 de julio, sobre declaración de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad.

La impugnación se fundamenta, entre otros argumentos, en que la naturaleza «especial y autoaplicativa» de la Ley en cuestión vulnera el principio de igualdad (art. 14 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), los principios de jerarquía normativa y de prohibición de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), el derecho al procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos [art. 105 c) CE], y la reserva estatutaria de la función ejecutiva a la Administración autonómica (arts. 10, 19.1 y 20.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León).

El artículo único de la Ley impugnada regula los denominados «proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad Autónoma» y establece un régimen jurídico singular para éstos frente al resto de proyectos regionales regulados en la Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de ordenación del territorio de la Comunidad de Castilla y León. Además establece una reserva formal de Ley para su creación.

En aplicación de la Ley impugnada se han aprobado dos leyes de declaración de proyectos regionales de infraestructuras de residuos: la Ley 6/2005, de 26 de mayo, de declaración del proyecto regional para la instalación de un centro de tratamiento de residuos urbanos para la provincia de Salamanca, en el término municipal de Gomecello y la Ley 2/2008, de 17 de junio, de declaración de proyecto regional para la instalación de un centro de tratamiento de residuos industriales no peligrosos en el término municipal de Fresno de la Ribera

El Tribunal precisa que las leyes de aprobación de los proyectos regionales de infraestructuras de residuos ejercen, por mandato del legislador autonómico, una función materialmente administrativa. Son, en definitiva, leyes autoaplicativas que no requieren de una posterior actividad administrativa de aplicación pues en sí mismas la contienen.

El Tribunal señala que el concepto de ley presente en la Constitución no impide la existencia de leyes singulares cuyo contenido material es, en todo o en parte, actividad ejecutiva o de administración. En este sentido, aclara que la Constitución no contiene, en su artículo 97, una reserva de administración, de modo que cabe hablar, «salvo en reservas materiales de ley o en actividades de pura ejecución», de una cierta fungibilidad entre el contenido de las decisiones propias de cada una de dichas funciones.

Las leyes singulares no constituyen un ejercicio normal de la potestad legislativa. Solo se debe aplicar en relación con «aquellas situaciones legislativas, que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediadas por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada, a una situación singular». Tampoco es posible condicionar o impedir por una ley singular el ejercicio de derechos fundamentales que son materia reservada a leyes generales. En consecuencia, el Tribunal afirma que el canon de constitucionalidad que debe utilizar al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación.

Hasta ahora el Tribunal Constitucional había tenido ocasión de pronunciarse en relación con las leyes singulares en casos de leyes expropiatorias autoaplicativas. En este ámbito, el Tribunal ha considerado fundamental analizar si la ley expropiatoria autoaplicativa vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 CE. La garantía de este derecho fundamental como límite de las leyes singulares no se refiere solo a las leyes singulares de carácter expropiatorio sino también a las que no tengan ese carácter. Si bien las leyes autoaplicativas expropiatorias se dirigen directamente a la privación de un derecho constitucional, las autoaplicativas no expropiatorias son también susceptibles de lesionar derechos e intereses legítimos protegidos por el art. 24 CE, ya que dicho precepto protege todos los derechos e intereses legítimos que reconoce el ordenamiento jurídico y no sólo aquellos expresamente consagrados por la Constitución. Por lo tanto, el canon de constitucionalidad del art. 24.1 CE se debe aplicar cuando la ley singular que contiene una actividad materialmente administrativa de aplicación de la norma al caso concreto, afecte a los derechos o intereses legítimos, no solo cuando afecte al derecho de propiedad o a otros derechos constitucionalmente garantizados.

Aplicando estos criterios el Tribunal considera que las leyes de aprobación de los proyectos regionales de infraestructuras de residuos deben respetar el derecho a la tutela judicial efectiva de los titulares de derechos e intereses legítimos que se ven afectados por la aprobación de un concreto proyecto, lo cual es requisito necesario y suficiente para realizar las obras y poner en marcha la actividad.

Esto no significa que la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los titulares de derechos e intereses legítimos afectados por la aprobación del proyecto regional de infraestructuras de residuos exija la posibilidad de que tengan acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que dicho derecho fundamental se puede garantizar también directamente por el Tribunal Constitucional siempre que sus titulares puedan acceder

a este Tribunal reclamando el control de constitucionalidad de la norma legal autoaplicativa. En este último caso se exige que el control que realice el Tribunal Constitucional sea suficiente para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede otorgar, frente a un acto administrativo, la jurisdicción contencioso-administrativa, pues no cabe admitir que la reserva de ley pueda servir como instrumento dirigido a evitar o disminuir la protección de los derechos e intereses legítimos amparados por la legalidad ordinaria.

El Tribunal aplica los criterios señalados al caso que enjuicia y determina que en este caso se produce una clara vulneración del art. 24.1 CE, en primer lugar porque que la posibilidad del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad no es un derecho del justiciable, sino una prerrogativa exclusiva del juez, y, en segundo lugar, porque la intensidad del control que puede realizar el TC en relación con la Ley de aprobación del proyecto regional de infraestructuras de residuos, no es suficiente para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, el Tribunal explica que la reserva al legislador de la aplicación de la legalidad existente al caso concreto, con exclusión de la actividad que ordinariamente realiza la Administración, impide un control de la misma intensidad que el que correspondería realizar a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, si la actividad de ejecución se hubiera llevado a cabo por la Administración.

Resulta evidente que no corresponde al TC el control fáctico y de legalidad ordinaria (elementos reglados de los actos de aplicación), que, en todo caso, exige la función de aplicación de la norma al caso concreto, con independencia de quién la lleve a cabo. En este sentido el Tribunal precisa que para que la tutela material que el Tribunal Constitucional otorgase a los titulares de derechos e intereses legítimos afectados por la Ley de declaración del proyecto regional de infraestructuras de residuos fuera equiparable a la tutela que podría otorgarles la jurisdicción contencioso-administrativa, tendría que poder pronunciarse sobre la adecuación de las leyes de aprobación de estos proyectos al ordenamiento que les resulta de aplicación, lo cual, constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que excede manifiestamente de las funciones que tiene encomendadas.

En consecuencia, el TC declara que la regulación de la reserva de ley formal para la aprobación del proyecto regional de infraestructuras de residuos de la Ley 9/2002, de 10 de julio vulnera el art. 24.1 CE. Por la misma razón se declara asimismo la inconstitucionalidad de la disposición adicional de la Ley 9/2002, de 10 de julio, pues contiene una ley autoaplicativa que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos afectados por la declaración de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de la planta de transferencia, de tratamiento físico-químico y depósito de seguridad ubicado en el término municipal de Santovenia de Pisuerga.

B) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley: deben ser precisados por el Tribunal Constitucional

La **STC 131/2013, de 5 de junio** resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de diputados contra determinados artículos: de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades. En esta sentencia el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de dicha Ley, en cuanto exime a las universidades de la Iglesia católica de ley específica de reconocimiento por vulneración del principio de igualdad.

En relación con los efectos de esta sentencia es importante precisar el alcance en el tiempo de la citada declaración de inconstitucionalidad. En este sentido el Tribunal recuerda que en relación con esta cuestión entran en juego una pluralidad de valores constitucionales, entre los que hay que destacar el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al que responde la previsión contenida en el art. 40.1 LOTC, según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes ‘no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada’ en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales.

Además, en determinados casos como el de la STC 131/2013, la modulación del alcance de la declaración de inconstitucionalidad no se limita a preservar la cosa juzgada, sino que exige sólo sea eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme. Para el Tribunal, en este caso el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes».

6. REGLAMENTO

A) Legitimación para impugnar un reglamento

La **STS de 11 de junio de 2013** (Índice CENDOJ 28079130052013100097) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009.

El recurso lo interpone la Asociación Catalana de Profesionales de Extranjería. El Abogado del Estado considera que el recurso debe ser inadmitido por falta de legitimación de la citada Asociación. En este sentido argumenta que la asociación recurrente no ostenta legitimación activa, porque ni es extranjera, ni ostenta la representación, legal o voluntaria, de extranjero alguno. Añade que el hecho de que se trate de una asociación de profesionales dedicados a la defensa de extranjeros tampoco supone justificación suficiente porque no consta que haya formulado ningún recurso en defensa de los derechos e intereses de los extranjeros.

Para determinar si la Asociación recurrente goza o no legitimación activa, para interponer el recurso contencioso, el Tribunal indica que dicha cuestión debe resolverse en cada caso en función de las especiales y concretas circunstancias concurrentes en cada proceso.

Según el TS, el principio «*pro actione*» que rige en esta materia, determina el reconocimiento de legitimación de la recurrente para la interposición del recurso jurisdiccional, ya que se trata de una asociación de profesionales dedicados a la defensa letrada de extranjeros, a los que afecta indudablemente, el contenido del Reglamento impugnado. A diferencia del Abogado del Estado, el Tribunal Supremo no hace referencia alguna al hecho de que haya formulado o no algún recurso. El artículo 4 de los Estatutos de esta Asociación establece entre sus fines, la defensa integral de los derechos de los inmigrantes como colectivo, o individualmente, ante los Tribunales de Justicia,

siendo, pues, uno de sus objetivos, promover la mejora de los derechos y libertades de los extranjeros en España.

En consecuencia, el TS declara que es claro que la asociación ostenta legitimación para impugnar aquellos preceptos que considera contrarios a los derechos de los extranjeros, según los fines de la propia asociación.

La **STS de 11 de junio de 2013** (Índice CENDOJ: 28079130042013100159) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid contra el Real Decreto 1550/2011, de 31 de octubre, por el que se complementa el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, mediante el establecimiento de tres cualificaciones profesionales correspondientes a la familia profesional Comercio y Marketing.

El Tribunal señala que el Real Decreto impugnado no regula, ni define, —ni podría hacerlo—, «atribuciones» profesionales propiamente dichas; es decir, facultades o actividades que queden reservadas a uno u otro profesional. Lo que establece son cualificaciones profesionales y sus correspondientes módulos formativos. Define qué «competencias», en el sentido de aptitudes o habilidades son las que se adquieren en el proceso de formación que conduce al reconocimiento de la cualificación.

En consecuencia, y dado que la situación profesional de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria no queda afectada ni por la vigencia ni por la anulación del Real Decreto impugnado, el Tribunal considera que el Colegio Oficial no estaba legitimado para poder impugnar el Reglamento en cuestión. En este caso no se trata de una supuesta de inadmisión sino de desestimación, ya que para determinar la falta de legitimación del Colegio Profesional ha sido necesario que el Tribunal se pronunciara sobre el fondo del asunto, en concreto sobre la determinación del objeto de la regulación del Reglamento.

B) Procedimiento de elaboración de los reglamentos

a) Dictamen del Consejo de Estado

La **STS de 11 de junio de 2013** (Índice CENDOJ 28079130052013100097) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009.

La Asociación Catalana de Profesionales de Extranjería impugna entre otros el art. 124.4 del citado Reglamento, por infracción del art. 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, debido a que se ha omitido la consulta preceptiva de dicho organismo en relación con la alteración que tuvo lugar en la redacción final de dicho precepto,

Para analizar esta cuestión es necesario tener en cuenta que el Proyecto del Reglamento fue remitido al Consejo de Estado, que emitió el preceptivo Dictamen en sesión de la Comisión Permanente de 14 de abril de 2011. En relación al apartado cuarto del artículo 124, que es objeto de impugnación, el Consejo de Estado formuló una observación de carácter esencial en la que se criticaba la amplia habilitación prevista inicialmente en el mismo al establecer que una Orden Ministerial pudiese «revisar los requisitos exigibles...

para la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones de arraigo social». El Tribunal expone que el Consejo de Estado consideró que no era admisible «una habilitación de esta índole que alcanza potencialmente a todos los requisitos que configuran el arraigo social, sin límite ni condicionamiento previo» al entender que suponía dejar la construcción completa de un supuesto de residencia y trabajo en España a lo que determinara en su caso la Orden Ministerial. Además, el dictamen añadía que «una posibilidad de este estilo solo sería admisible si el proyecto delimitara claramente los extremos sobre los que, sin desnaturalizar la figura del arraigo social podría actuar esta Orden. En consecuencia, el Consejo de Estado considera que dicha regulación «excede de los límites propios del desarrollo reglamentario de la Ley 4/2000 y debe modificarse en el sentido apuntado».

El Gobierno modificó el proyecto de Reglamento incorporando la mención a la situación nacional de empleo siguiendo las indicaciones del Consejo de Estado. Esta nueva redacción es la que, a juicio de la asociación recurrente, debió someterse a un nuevo dictamen del Consejo de Estado. La omisión de este trámite es la que invocan los recurrentes para anular el Reglamento.

El Tribunal Supremo aborda el análisis de esta cuestión señalando que «las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de las disposiciones generales deben ser interpretadas funcional y teleológicamente pues se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a la que responden y en cuya valoración ha de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición de que se trate». La nueva redacción del apartado cuarto cuestionado supone una modificación en el sentido indicado por el Consejo de Estado, al incorporar un nuevo elemento que delimita los supuestos en los que en relación a la figura del arraigo social puede operar la Orden Ministerial.

Para el Tribunal, el hecho de que no se haya emitido un nuevo informe por el Consejo de Estado no implica la infracción que se denuncia, al recoger precisamente la modificación según la indicación del Consejo de Estado.

En consecuencia, el Tribunal concluye que la introducción de un nuevo elemento en el apartado cuarto del artículo 124 sobre «la situación nacional de empleo» concreta la habilitación a la Orden Ministerial en los supuestos de arraigo y determina que, siguiendo los principios apuntados no era necesaria la nueva emisión de un dictamen por el Consejo de Estado.

En la **STS de 23 de mayo de 2013** (Índice CENDOJ: 28079130032013100126) se resuelve el recurso contencioso-administrativo presentado por la Junta de Galicia contra el Real Decreto número 1221/2010, de 1 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 134/2010, de 12 de febrero, por el que se establece el procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro y se modifica el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica.

Entre otras cuestiones, la Junta de Galicia alega en su recurso que la «omisión de un nuevo Dictamen del Consejo de Estado» vicia de nulidad el Real Decreto que impugna. A juicio del Tribunal Supremo, la alegación no puede prosperar desde el momento en que la redacción final del Real Decreto 134/2010, esto es, la introducida por el Real Decreto 1221/2010, se hizo precisamente tras atender a las indicaciones del propio Consejo de

Estado que había aconsejado no aprobarlo hasta contar con la conformidad de la Comisión Europea»

En el «segundo» dictamen, número 894/2010, de 2 de junio, el Consejo de Estado había expuesto que para evitar «la vulnerabilidad de la norma» era preferible «[...] esperar a la conclusión del proceso de notificación a la Unión Europea, y a resultados del mismo y tras haber completado la tramitación, proceder a su aprobación con los ajustes que resulten necesarios para lograr la conformidad con el régimen comunitario de ayudas». El Tribunal Supremo concluye que, una vez declarada la conformidad del sistema con el Derecho de la Unión Europea, en virtud de la Decisión de la Comisión Europea de 29 de septiembre de 2010, que admitía la viabilidad desde el punto de vista del derecho comunitario del mismo texto presentado al Consejo de Estado, no era preceptivo un tercer informe de este alto órgano consultivo sobre el resultado de la decisión comunitaria a la que él mismo se había remitido cuando aconsejaba esperar.

7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad en la Ley

- a) *La exención de la ley de reconocimiento a favor de las Universidades de la Iglesia Católica establecida en la Ley Orgánica de Universidades frente al resto de las universidades privadas, es discriminatoria*

La **STC 131/2013, de 5 de junio** resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de diputados contra determinados artículos de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades

Los recurrentes impugnan, entre otras, la disposición adicional cuarta LOU ya que entienden que introduce un régimen discriminatorio a favor de las universidades de la Iglesia católica en relación con el resto de las universidades privadas en lo que respecta al reconocimiento de las mismas. El art. 4.1 LOU prevé con carácter general la necesidad de una ley de reconocimiento para las universidades privadas, norma que, según la disposición adicional cuarta, apartado segundo de la misma Ley no es de aplicación a las universidades de la Iglesia Católica. Según la LOU las Universidades establecidas o que se establezcan en España por la Iglesia católica con posterioridad al Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, quedarán sometidas a lo previsto por esta Ley para las Universidades privadas, a excepción de la necesidad de Ley de reconocimiento.

Precisamente la discrepancia sobre esta cuestión se centra en la interpretación del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero 1979. Los recurrentes niegan que este Acuerdo justifique fundamento alguno para el tratamiento diferenciado, mientras que la Abogada del Estado llega a la conclusión contraria, interpretando que el art. 16.3 CE proporciona base para la diferencia en virtud de las tradicionales relaciones de cooperación entre España y la Iglesia católica, que justifican que la aptitud y capacidad acreditadas en la materia haya llevado a la ley a eximir las de una ley de autorización, lo cual no implica

que para su funcionamiento no deban someterse al resto del ordenamiento al igual que el resto de las Universidades privadas.

El Tribunal considera que el citado Acuerdo de 1979 muestra que en el mismo no se contiene ninguna exención expresa del requisito de la ley de reconocimiento para las universidades creadas con posterioridad al mismo.

En la STC 223/2012, de 29 de noviembre, se aclara que, «a diferencia de lo que sucede con la ley de creación de universidades públicas, con un marcado componente fundacional, la ley de reconocimiento de las universidades privadas carece de carácter constitutivo» y «tiene la naturaleza de una autorización». La exención de ley de reconocimiento para las universidades creadas por la Iglesia católica no solo impide la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la misma Ley Orgánica y normas de desarrollo en la materia (Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, sobre creación y reconocimiento de universidades y centros universitarios), sino, además, de aquellos que, según los apartados 4 y 5 del artículo 4 de la LOU, necesariamente debe contener la ley de reconocimiento.

En consecuencia, el TC considera que la regulación impugnada supone una diferencia de trato entre las universidades privadas según hayan sido creadas o no por la Iglesia católica. Para fundamentar esta discriminación el Tribunal recuerda su doctrina jurisprudencial sobre el principio de igualdad en la Ley, según la cual,

«no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley del art. 14 C.E., sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable. Por lo que dicho precepto constitucional, en cuanto límite al propio legislador, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable. A lo que cabe agregar que también es necesario, para que la diferencia de trato sea constitucionalmente lícita, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal diferenciación sean proporcionadas a la finalidad perseguida por el legislador, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. Exigiendo el principio de igualdad, por tanto, no sólo ‘que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador’ (STC 110/1993, fundamento jurídico 4)». [STC 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4 c)].

A juicio del Tribunal, la Ley impugnada no aporta elementos que permitan afirmar que exista una finalidad objetiva y razonable que justifique el establecimiento del tratamiento diferenciado entre las distintas universidades privadas. Al carecer la regulación impugnada de «la justificación objetiva y razonable que toda diferenciación normativa, por imperativo del art. 14 CE, debe poseer para ser considerada legítima», el Tribunal decide declarar la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta impugnada en cuanto exime a las universidades de la Iglesia católica de ley de reconocimiento.

- b) *La determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial, vulnera el principio de igualdad ante la Ley*

Las SSTC 116 y 117/2013, ambas de 20 de mayo, resuelven sendos recursos de amparo interpuestos contra Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid que confirman decisiones del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) denegatorias de sendas pensiones de jubilación por no reunir el periodo mínimo de cotización de quince años. Las recurrentes alegan que la norma aplicada al caso, esto es, la regla segunda de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre (LGSS), resulta contraria al art. 14 CE en la medida en que discrimina, en el cómputo de los periodos de cotización para el acceso a la pensión de jubilación, a los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo, teniendo además esta discriminación más incidencia, por razones sociológicas, en el sexo femenino.

El Tribunal recuerda que en la reciente STC 61/2013, de 14 de marzo, declaró inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, en cuanto establece que para determinar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, obtenidos mediante la operación de dividir el número de horas trabajadas entre cinco, si bien en el caso de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente se aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5.

Por lo tanto, para el Tribunal, «las reglas que acompañan a la previsión cuestionada en relación con el cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación o incapacidad no permiten superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el art. 14 CE». En este sentido, «las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida». Como consecuencia, el Tribunal declaró que «la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo».

Finalmente el Tribunal otorga el amparo solicitado por la recurrente al acreditarse la vulneración del art. 14 CE, al haberse dictado tanto la resolución denegatoria del INSS como la Sentencia confirmatoria impugnadas en aplicación de un precepto declarado inconstitucional por su carácter discriminatorio.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PROCEDIMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO.
 - A) Tipos de actos administrativos.**
 - a) Acto de extradición.
 - B) Acto impugnabile.**
 - a) Solicitud de rehabilitación de título nobiliario: inimpugnabile.
 - b) Plan urbanístico no publicado: no es un acto de trámite.
3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
 - A) Tramitación.**
 - a) Carácter preceptivo y vinculante del informe sobre suficiencia de recursos hídricos.
 - b) Sentido de la declaración de impacto ambiental en los proyectos de carreteras.
 - B) Terminación.**
 - a) Obligación de la Administración de dictar un acto expreso de desistimiento, diferente del desistimiento de los interesados.
 - b) Archivo del procedimiento de rectificación de autoliquidación.
4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.
 - A) Motivación.**
 - a) Motivación suficiente en determinación de tasa para el aprovechamiento de acueducto.
 - B) Nulidad.**
 - a) Omisión de declaración de impacto ambiental: la aprobación posterior no subsana la deficiencia.
 - b) Acto nulo de pleno derecho por incompetencia manifiesta: no convalidables.
 - c) Nulidad y plazo de prescripción.
 - d) Nulidad parcial y conservación de actos administrativos.
 - e) Efectos de la nulidad de una ordenanza sobre los actos.

5. EFICACIA DE LOS ACTOS.

A) Publicación.

- a) Ineficacia de la aprobación de un plan urbanístico por falta de publicación.

6. EJECUCIÓN DEL ACTO.

A) Suspensión de la ejecución del acto.

7. ELIMINACIÓN DEL ACTO.

A) Recursos administrativos.

- a) Revisión de acto de contenido imposible.
- b) Cómputo de plazo en reclamación económico-administrativa.

B) Revisión de oficio.

- a) Recurso frente a desestimación presunta de solicitud de revisión de oficio: modificación de estudio de detalle.
 - b) Solicitud de devolución de ingresos indebidos sin previa acción de revisión de oficio.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de abril y mayo de 2013, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

Entre las sentencias dictadas en este período, llama la atención, por novedosa, la STS de 14 de mayo de 2013, que conoce de la impugnación de la desestimación tácita de la solicitud de rehabilitación de un título nobiliario y en la que se hace un pronunciamiento sobre el alcance del control de las prerrogativas reales en el constitucional ejercicio del derecho de gracia y honores.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

A) Tipos de actos administrativos

a) Acto de extradición

La **STS de 9 de mayo de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 6.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 494/2012, conoce del recurso contra el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se acuerda la entrega de un ciudadano de nacionalidad croata a las autoridades de Croacia por un delito contra la salud pública. Una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abordado la naturaleza del procedimiento de extradición, conforme a la cual «...es un procedimiento mixto, de naturaleza administrativa y judicial, en el que se pueden distinguir tres fases: dos gubernativas, la primera y la última, estando

en medio la decisiva fase judicial. Estas tres fases están perfectamente delimitadas por la Ley, siendo por otro lado totalmente independientes aunque se subsigan unas y otras...». Pues bien, en aplicación de esta doctrina jurisprudencial, se desprende que la decisión del Consejo de Ministros accedió a la extradición en los mismos términos, límites y condiciones que fueron acordados por la decisión judicial acordada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por lo que no es posible cuestionar, con motivo de la impugnación de esta resolución, el control de legalidad sobre la extradición ejercicio por el tribunal penal. Esto es, no es posible, con motivo de la impugnación de la decisión del Consejo de Ministros, que se limita a acordar la ejecución de lo acordado por la decisión judicial, revisar en sede contencioso-administrativa la resolución judicial adoptada por el tribunal penal que enjuició la concurrencia de los requisitos legales y procesales para acceder a la extradición.

B) Acto impugnabile

a) Solicitud de rehabilitación de título nobiliario: inimpugnabile

La **STS de 14 de mayo de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 6.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 571/2011, conoce de la impugnación de la desestimación tácita de la solicitud de rehabilitación de un título nobiliario. El Tribunal recuerda que el control jurisdiccional en materia nobiliaria no constituye una excepción a la regla general de enjuiciamiento de toda actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo, si bien este control judicial, conforme con una reiterada jurisprudencia, viene referido exclusivamente a aquel aspecto de la actividad sujeta al derecho administrativo y que se contrae a supuestos de eventuales violaciones de las normas procedimentales establecidas en el Decreto de 27 de mayo de 2012 y demás disposiciones complementarias. No alcanza, en consecuencia, ni a las prerrogativas reales en el constitucional ejercicio del derecho de gracia y honores, ni a los supuestos regidos por el derecho material nobiliario, competencia de la Jurisdicción Civil. En el caso, el tema de debate se centra en la disconformidad que el recurrente manifiesta con los informes emitidos por la Diputación Permanente y Consejo de la Grandeza de España, por el Consejo de Estado y por el Ministerio de Justicia, pero no por la vulneración en su emisión de normas procedimentales y sí por el contenido material de los mismos. Por todo ello, conduce el Tribunal a desestimar el recurso.

b) Plan urbanístico no publicado: no es un acto de trámite

Ante la cuestión de la posible impugnación en sede jurisdiccional de la aprobación de un plan general que ha sido comunicado a la Administración General del Estado pero que no ha sido publicado, la **STS de 12 de abril de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm.5811/2010, declara que no tiene ninguna trascendencia sobre la impugnación, ni sobre la diferenciación entre acto definitivo y de trámite, en general que se haya procedido o no a la publicación del plan, ya que la falta de publicación de la aprobación del plan no convierte a un acto definitivo en un acto de trámite, sino que supone que estamos ante un acto o disposición válida pero ineficaz, como también se comenta más abajo en esta Crónica de jurisprudencia en el epígrafe de la Eficacia de los actos.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Tramitación

a) *Carácter preceptivo y vinculante del informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos*

La **STS de 12 de abril de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 5811/2010, reitera la jurisprudencia reciente sobre la naturaleza de los informes estatales sobre la suficiencia de recursos hídricos emitidos por el organismo de cuenca en el procedimiento de aprobación de los planes generales de ordenación urbana, como técnica de coordinación impuesta por la Ley ante la coexistencia de títulos competenciales con incidencia sobre un mismo espacio físico. En relación con las técnicas de colaboración administrativa, cuando los cauces de composición voluntaria se revelan insuficientes, la resolución del conflicto solo podrá alcanzarse a costa de dar preferencia al titular de la competencia prevalente, que desplazará a los demás títulos competenciales en concurrencia, y así cita la sentencia diversos supuestos en los que las leyes estatales sectoriales han previsto un informe estatal vinculante respecto de los instrumentos de ordenación del territorio. En este contexto señala que el informe de la Confederación Hidrográfica es preceptivo, en cuanto que de necesaria obtención (hasta el punto de que su no elaboración en plazo determina que el mismo se tenga por emitido en sentido desfavorable); y es además vinculante en cuanto afecta al ámbito competencial de la Confederación Hidrográfica, en relación con la comprobación del aprovechamiento y disponibilidad de los recursos hídricos, porque así lo dispone la legislación estatal y autonómica aplicable.

Asimismo la citada sentencia se pronuncia sobre la caracterización de dicho informe sobre suficiencia de recursos hídricos no como «vinculante» sino como «determinante», si bien el Texto refundido de la Ley del Suelo no era entonces aplicable al supuesto enjuiciado. Como ha señalado la jurisprudencia reciente, si el legislador atribuye a un informe el carácter de «determinante», es porque le quiere atribuir un valor reforzado, que reviste una singular relevancia en cuanto a la configuración del contenido de la decisión, por lo que es exigible que el órgano competente para resolver esmere la motivación en caso de que su decisión se aparte de lo indicado en aquellos informes. Desde esta perspectiva, por mucho que estos informes no puedan caracterizarse como vinculantes desde un plano formal, sí que se aproximan a ese carácter desde el plano material o sustantivo; y más aún, la posibilidad de apartarse motivadamente de esos informes no es absoluta ni incondicionada, sino que ha de moverse dentro de los límites marcados por el ámbito de competencia de la Autoridad que resuelve el expediente en cuyo seno ese informe estatal se ha evacuado. Por eso, señala la sentencia que el informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos, tiene un carácter no ya determinante sino incluso vinculante, por más que no en todos sus extremos y consideraciones (es decir, de forma omnicompreensiva), sino en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado.

Además, el Tribunal precisa el alcance del contenido vinculante del informe de la Confederación Hidrográfica según la normativa aplicable: ha de versar sobre el aprovechamiento y disponibilidad de los recursos hídricos, y esa disponibilidad no puede verse circunscrita a la mera existencia física del recurso, sino también a su disponibilidad jurídica, pues, cuando se trata de verificar si existe o no agua para el desarrollo urbanístico

pretendido, de nada sirve constatar que la hay si luego resulta que no es jurídicamente viable su obtención y aprovechamiento para el fin propuesto. En definitiva, el ámbito competencial de las Confederaciones Hidrográficas se extiende con toda legitimidad no sólo a la constatación técnica de la existencia del agua sino también a la ordenación jurídica de los títulos de aprovechamiento (de su obtención, disponibilidad y compatibilidad), y ambas cuestiones pueden y deben ser contempladas de forma inescindible, conjunta y armónica, cuando se trata de formar criterio sobre la disponibilidad de agua para la ordenación urbanística proyectada, de manera que no cabe atribuir carácter vinculante a una pero no a la otra.

Por último, el Tribunal descarta que la legalidad del Plan pudiera entenderse salvada ya que la operatividad del Plan quedó expresamente supeditada a la constatación de la disponibilidad legal de recursos hídricos. Ante la previsión de la legislación valenciana de urbanismo, que permite la aprobación supeditada como un cauce procedimental para la aprobación de Planes urbanísticos cuando se aprecien reparos a la aprobación definitiva, siempre y cuando esos reparos «son de alcance limitado y pueden subsanarse con una corrección técnica específica», la sentencia declara que le parece evidente que el trámite tan esencial como es el informe favorable de la Confederación no puede degradarse a tan modesto nivel, dado el carácter sustantivo y nuclear que reviste el informe de cara a la aprobación del Plan. Por ello, dado que se aprobó un Plan de ordenación urbanística pese al informe desfavorable de la Confederación Hidrográfica, la sentencia estima el recurso de casación y anula la homologación y plan parcial impugnados.

b) Sentido de la declaración de impacto ambiental en los proyectos de carreteras

La **STS de 5 de abril de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), recurso de casación núm. 4809/2009, que se pronuncia sobre la nulidad de una resolución aprobatoria del proyecto básico de construcción de autovía, por ausencia de declaración de impacto ambiental, cuya aprobación *a posteriori* no subsana tal deficiencia, tal y como se comenta en Crónica *infra*, recoge el pronunciamiento de la sentencia de instancia sobre el análisis del sentido de la declaración de impacto ambiental, como manifestación de la horizontalidad de las competencias medioambientales, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional.

En el caso de autos, se trataba de verificar si un proyecto de una obra pública era o no viable desde el punto de vista ambiental. A este respecto, la sentencia recuerda que una DIA negativa no es estrictamente vinculante, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien puede constituir un grave obstáculo, muy difícil de superar, para la efectiva aprobación del proyecto sustantivo, tal y como ha destacado el TJUE. Además, la sentencia recoge los pronunciamientos del TJUE sobre el alcance de la obligatoriedad de la DIA, que es exigible hasta el punto de que no cabe hablar de aprobación por silencio en los casos en que la DIA no haya sido emitida. Por otra parte, el carácter obligatorio de la DIA en los casos exigidos por el Derecho comunitario comporta incluso la imposibilidad de fragmentación artificial de los proyectos o de consideración aislada de partes de los mismos para eludir la exigencia de la DIA. Asimismo la obligatoriedad de la evaluación ambiental, desde la perspectiva comunitaria, se refuerza a la vista de la STJUE WELLS, de 7 de enero de 2004, que mantiene una concepción amplísima del efecto directo en estos casos,

de acuerdo con la cual dicho efecto directo abarca incluso las relaciones horizontales en los procedimientos administrativos de carácter triangular.

B) Terminación

a) *Obligación de la Administración de dictar un acto expreso de desistimiento, diferente del desistimiento de los interesados*

La **STS de 26 de abril de 2013** (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 2314/2010, confirma la sentencia de instancia que estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la desestimación presunta de solicitud de elevación del expediente de modificación de elementos del PGOU del sector solicitado para su aprobación definitiva.

La sentencia de instancia declaró la vulneración del art. 42 LRJPAC, que establece la obligación de dictar resolución expresa, dado que el desistimiento, que entendía producido, debía formalizarse adecuadamente, esto es, mediante una resolución que así lo recogiera de forma concluyente. Frente a las pretensiones del recurrente, que entendía que el desistimiento no podía ser considerado una forma de finalización del procedimiento de aprobación de instrumentos urbanísticos, pues no venía previsto en la legislación urbanística andaluza, el Tribunal Supremo precisa el sentido del desistimiento en los procedimientos de aprobación de disposiciones generales, declarando que «Al margen de la regulación autonómica, y con carácter general, para los procedimientos de aprobación de disposiciones generales, cuya regulación no está incluida específicamente en la Ley 30/1992, ha de reconocerse la posibilidad de apartarse o desistir de la iniciativa, porque en el ejercicio de la potestad reglamentaria, y singularmente en materia de planeamiento urbanístico, existe no sólo un significativo margen de discrecionalidad y de decisión sino que, además, en el curso de su elaboración pueden aparecer razones fundadas que haga replantear su legalidad u oportunidad» (F J 6.º).

A continuación, el Tribunal Supremo distingue entre este abandono de la iniciativa de un procedimiento iniciado por la Administración, que podría calificarse como desistimiento de la iniciativa, y el desistimiento del interesado, recogido en los arts. 90 y 91 LRJPAC, que solo puede aplicarse a procedimientos iniciados a instancia de parte y solo puede ejercerse por el interesado, no por la Administración. Dadas las diferencias entre estos dos tipos de procedimientos, y en particular en relación a los procedimientos de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general, el Tribunal Supremo entiende que la sentencia de instancia, en su razonamiento, hace una interpretación forzada ya que viene a considerar exigible a la Administración las mismas formalidades que las previstas en los artículos 90 y 91 de la Ley 30/1992 para la renuncia y el desistimiento de los interesados, si bien la cita de esos artículos es a efectos de una mera comparación, sin confundir que se trata de supuestos distintos.

En cualquier caso, precisa el Tribunal Supremo que la sentencia de instancia basó su decisión en la obligación impuesta por el artículo 42.1 de la Ley 30/1992 a la Administración Pública, que debe resolver los procedimientos iniciados, por lo que el problema se desliza al contenido del acto o resolución que, en estos casos, ha de poner término al procedimiento, que incluye la posibilidad de no continuar con su tramitación. Dicha

decisión ha de ser exteriorizada formalmente, y añade el Tribunal Supremo que ha de ser acompañada de una motivación que explique las razones de su decisión de interrumpir o abandonar la tramitación del procedimiento emprendido, para lograr la salvaguarda del interés público y la seguridad jurídica.

b) Archivo del procedimiento de rectificación de autoliquidación

La **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 19 de abril de 2013** (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 193/2012, desestima el recurso presentado por el recurrente, dado que junto a la solicitud de rectificación de la autoliquidación, el recurrente presentó solicitud de devolución, y posteriormente se inició un procedimiento inspector respecto del mismo ejercicio. De esta forma, el procedimiento de rectificación está correctamente archivado sin resolución expresa sobre lo solicitado por haberse iniciado un procedimiento de inspección, que es una de las causas de finalización del procedimiento de devolución según el art. 127 de la Ley General Tributaria.

4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación

a) Motivación suficiente en determinación de tasa para el aprovechamiento de acueducto

La **STS de 9 de mayo de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso contencioso-administrativo, califica como suficiente la motivación contenida en el Acuerdo del Consejo de Ministros sobre aprobación de las nuevas tarifas para aprovechamiento del acueducto Tajo-Segura. El acto impugnado constituye la asunción de la propuesta de resolución en la que se explican las razones de la decisión adoptada y que aparece en el expediente administrativo. El art. 89.5 LRJPAC no se limita a establecer una forma especial en la que puede el acto administrativo disponer de la motivación, sino que permite que la motivación no se encuentre expuesta en el propio acto, sino en el expediente. Y eso es precisamente lo que sucede en el caso de autos, en el que, además de señalarse en los antecedentes de la decisión administrativa, se recogen también en el expediente administrativo las razones de tal decisión.

B) Nulidad

a) Omisión de declaración de impacto ambiental: la aprobación posterior no subsana la deficiencia

La **STS de 5 de abril de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), recurso de casación núm. 4809/2009, afirma que, en el caso, el procedimiento de impacto ambiental se ha llevado a cabo de forma imperfecta e incompleta y, posteriormente, la pretendida subsanación no logra el efecto jurídico pretendido. Para que la subsanación produjera dicho efecto, será preciso que la misma permitiera, aún tardíamente, el cumplimiento de la

finalidad del procedimiento de impacto ambiental, como se deduce del art. 63.2 LRJPAC. Pues bien, el procedimiento de impacto no puede cumplir con su función cuando al órgano ambiental se le pasa para la declaración de impacto un proyecto ya previamente aprobado, donde el órgano sustantivo ha descartado ya otras posibles alternativas. En suma, ni es posible una declaración de impacto ambiental dictada *a posteriori*, después de la aprobación del proyecto (mucho menos cuando, como en este caso, la declaración se pronuncia sólo sobre la alternativa previamente aprobada), ni es posible tampoco, en consecuencia, un acto posterior de ratificación del proyecto dictado subsiguientemente a esa declaración tardía. Y, por último, la nulidad de la declaración aprobada a posteriori implica igualmente la nulidad de los actos subsiguientes a la misma.

b) Acto nulo de pleno derecho por incompetencia manifiesta: no convalidables

La **STS de 30 de mayo de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 4463/2010, recuerda que los actos nulos de pleno derecho por incompetencia manifiesta, aun siendo actos de trámite, no son convalidables y carecen de virtualidad para interrumpir la prescripción.

c) Nulidad y plazo de prescripción

La **STS de 6 de mayo de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 422/2009, recuerda la jurisprudencia conforme a la cual 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. Y, por otro lado, 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.

d) Nulidad parcial y conservación de actos administrativos

La **STS de 15 de abril de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.^a), recurso de casación núm. 6449/2011, concluye que la nulidad de la base de un concurso público para la creación e instalación de oficinas de farmacias que limitaba la edad de los aspirantes no justifica la anulación de la totalidad de los extremos controvertidos de la convocatoria. El derecho a no ser discriminados por razón de la edad no exige indefectiblemente la nulidad total del procedimiento, ya que cabe su satisfacción aun conservando, conforme al art. 66 LRJPAC, los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

e) Efectos de la nulidad de una ordenanza sobre los actos

La **SSTSJ de Castilla y León de 19 y de 26 de abril de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), sentencias núm. 661/2013 y núm. 699/2013, recuerda el

alcance de la anulación de una ordenanza municipal, estableciendo que no afecta a las liquidaciones dictadas a su amparo y que hubieran adquirido firmeza.

5. EFICACIA DEL ACTO

A) **Publicación**

a) *Ineficacia de la aprobación de un plan urbanístico por falta de publicación*

La **STS de 12 de abril de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm.5811/2010, al pronunciarse sobre la relevancia que puede tener sobre el carácter administrativo de trámite o definitivo que el plan no haya sido publicado, tal y como se comenta supra, recuerda la jurisprudencia consolidada sobre los efectos de la publicación, como condición de eficacia pero no de validez del plan. Así, destaca la sentencia que se trata por tanto, de categorías jurídicas muy diferentes, porque el acuerdo de aprobación puede ser válido pero puede no ser todavía eficaz si le falta la publicación, y la falta de ésta no comporta su invalidez, sino la imposibilidad de su ejecución, que es un efecto bien distinto. La falta de publicación del plan, por tanto, impide que la Administración imponga sus determinaciones mediante actos de ejecución a los ciudadanos, que podrán impugnar el acto de aplicación basándose precisamente en la falta de publicación del plan, pero no acarrea su invalidez, pues el juicio sobre esta tiene lugar por las causas previstas en el artículo 62 y 63 de la LRJPAC.

6. EJECUCIÓN DEL ACTO

A) **Suspensión de la ejecución del acto**

La **STS de 12 de abril de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 5972/2011, se pronuncia por la procedencia o no de la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado. En concreto, se trata de una resolución de la Autoridad Portuaria de Baleares que decretó el desahucio administrativo de una parcela de dominio público portuario, por considerar que el ocupante de dichas instalaciones carecía de título habilitante. El Tribunal concluye afirmando la procedencia de la denegación de la suspensión de la ejecución, por realizar una adecuada aplicación de la doctrina del «periculum in mora» respecto de la pérdida de finalidad del recurso derivada de la ejecución, sino que acierta en la valoración circunstanciada de intereses en conflicto, atendida la relevancia de los intereses públicos que subyace en el dominio público portuario y el carácter no irreversible de los perjuicios invocados por la recurrente. Por otro lado, el Tribunal viene reiterando que la doctrina de la apariencia de buen derecho basada en la nulidad del acto impugnado, como causa determinante de la suspensión cautelar, ha sido acogida sólo en supuestos en los que resultaba «ab initio» de manera manifiesta y evidente esa apariencia de lesión a la legalidad cometida por la Administración, o cuando constan sólidos antecedentes jurisprudenciales en los que, para casos iguales, se habían dictado sentencias estimatorias de los respectivos recursos, por lo que era obligado concluir que la misma sentencia estimatoria se repetiría en el caso contemplado por la solicitud de sus-

penión. Nada de eso ocurre en este supuesto, dado que las causas de nulidad invocadas por la recurrente no resultan ni evidentes, por sí mismas, ni son ostensibles y manifiestas en razón al contexto, por lo que su eventual concurrencia sólo podrá ser apreciada tras el imprescindible debate procesal entre las partes.

También sobre la suspensión de ejecución de acto administrativo, el **ATS de 6 de mayo de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.^a).

Sobre el acto de ejecución de resolución del Tribunal Económico Administrativo que ordena la sustitución de una sanción, la **STS de 23 de mayo de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 6285/2011.

7. ELIMINACIÓN DEL ACTO

A) Recursos administrativos

a) *Revisión de acto de contenido imposible*

La **STS de 11 de abril de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 2200/2010, recuerda que, para el supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.c) LRJPAC, la imposibilidad a que se refiere este precepto es, según criterio tradicional de nuestra jurisprudencia, es la imposibilidad material o física, que además ha de ser originaria. Por el contrario, no está incluida en el concepto la imposibilidad jurídica como equivalente a la ilegalidad del acto. De no ser así, cualquier acto contrario a la Ley sería nulo de pleno derecho por tener un contenido imposible por incompatible con la Ley.

b) *Cómputo de plazo en reclamación económico-administrativa*

La **STSJ de Castilla y León de 3 de mayo de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), sentencia núm. 573/2013, declara la extemporaneidad de una reclamación económico-administrativa, tras el examen de la doctrina jurisprudencial que establece que el cómputo del plazo de un mes es de fecha a fecha.

B) Revisión de oficio

a) *Recurso frente a desestimación presunta de solicitud de revisión de oficio: modificación de estudio de detalle*

La **STS de 17 de abril de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 5548/2011, estima el recurso de casación pues tratándose de una solicitud de revisión de oficio formulada al amparo del art. 102 LRJPAC, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo contra el acto presunto sería, según resulta de lo dispuesto en los arts. 46.1, inciso segundo, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y art. 102.5 LRJPAC, y no el contemplado en el art. 44, en relación con el 46.6 de la Ley de la Jurisdicción.

En el mismo sentido, la **STS de 11 de abril de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 598/2011,

b) *Solicitud de devolución de ingresos indebidos sin previa acción de revisión de oficio*

La **STS de 16 de mayo de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 3180/2005, conoce de la impugnación de la denegación de la solicitud de devolución de ingresos indebidos correspondiente a seis liquidaciones practicadas por el concepto de canon de reserva de dominio público radioeléctrico. Afirma el Tribunal que en el presente caso nos encontramos ante una acción de devolución de ingresos indebidos, en la que se solicita de forma directa la devolución de unos ingresos tributarios, sin interesar con carácter previo la revisión de los actos firmes de los que trae causa. En tal sentido, la parte recurrente actuó de forma improcedente pues confunde el derecho a la devolución de ingresos indebidos con el derecho a instar que un ingreso previamente realizado sea declarado como indebido, cuando es así que este segundo derecho, tratándose de liquidaciones, exige que se ejercite dentro de los plazos preclusivos del recurso o de la reclamación establecidos por la ley. La parte recurrente podía haber interesado la revisión de los actos liquidatorios litigiosos por causa de nulidad para, en su caso, obtener el efecto devolutivo, pero no instar directamente la acción de devolución. Procede, por tanto, calificar de incorrecta la vía procedimental utilizada por la recurrente para obtener la devolución de unos pagos que considera indebidos.

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN
LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO

CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Calificación de un contrato que tiene por objeto la cooperación entre dos entidades territoriales dirigida a la realización de un servicio público, autorizando dicho contrato a recurrir a un tercero para la ejecución de la tarea prevista por el mencionado contrato.**
 3. EJECUCIÓN DEL CONTRATO.
 - A) **Modificación sustancial de un contrato.**
 - B) **Intereses de demora; determinación de la normativa aplicable.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de junio a septiembre 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. PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS

- A) **Calificación de un contrato que tiene por objeto la cooperación entre dos entidades territoriales dirigida a la realización de un servicio público, autorizando dicho contrato a recurrir a un tercero para la ejecución de la tarea prevista por el mencionado contrato**

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 junio de 2013, As. C-386/11**, en el caso de un contrato celebrado entre dos entidades territoriales, aplica la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia y afirma (apartados 37 a 41) que: «(...) no se aplicará la normativa de la Unión en materia de contratos públicos siempre que tales 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 (...). Teniendo presente que todos los criterios mencionados son acumulativos». Ahora bien, el supuesto cambia radicalmente en el caso de que el contrato que se pretende celebrar tenga por objeto el establecimiento de una cooperación entre las dos entidades públicas contratantes dirigida a la realización de una misión de servicio público común, y dicho contrato autoriza a recurrir a un tercero para la ejecución de la tarea prevista por el mencionado contrato, de tal forma que ese tercero podría estar en una situación ventajosa respecto a las demás empresas que operan en el mismo mercado. En este supuesto, la STJUE entiende, a la luz de las consideraciones anteriores, que un contrato en el «(...) la primera entidad se reserva la potestad de controlar que se lleva a cabo de manera correcta esta tarea, mediante una compensación económica que se considera debe corresponder a los costes incurridos por la ejecución de dicha tarea, estando además la segunda entidad autorizada a recurrir a terceros que pueden tener capacidad de operar en el mercado para la ejecución de la mencionada tarea, constituye un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18 (...)».

3. EJECUCIÓN DEL CONTRATO

A) **Modificación sustancial de un contrato**

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 julio de 2013, As. C-576/10** reitera la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con arreglo a la cual los contratos públicos han de volver a celebrarse si se modifica alguno de sus elementos esenciales de manera que sea necesaria la firma de un nuevo contrato (apartados 46 y 62).

B) **Intereses de demora, determinación de la normativa aplicable**

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, de 12 junio de 2013, Rec. contencioso-administrativo núm. 769/2011**, FD 3.º, analiza el supuesto de demora en el pago de certificaciones trimestrales que presenta el Consejo de Colegios correspondientes a los servicios prestados por los Abogados y cantidades correspondientes a los gastos de infraestructura de los Colegios referidas a la asistencia jurídica gratuita, para determinar si en este caso los intereses de demora se rigen por lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (actual TRLCSP). La STSJ determina en este caso que no nos encontremos ante un contrato, sino ante una subvención, por lo que las cantidades aportadas por la Comunidad de Madrid tienen la consideración legal de subvención, remitiéndose al Decreto 86/2003 en cuanto a su gestión, y a lo establecido en la normativa general sobre subvenciones, por lo que no resulta aplicable a la mora en los pagos de las obligaciones de la Comunidad de Madrid derivadas de la asistencia jurídica gratuita, ni la normativa nacional ni comunitaria sobre contratos de las Administraciones Públicas, sino que ha de aplicarse el régimen de devengo de intereses establecido en el art. 41.1 de la Ley la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

Sí aplica la regulación del cálculo de los intereses de demora contenido en el TRLCSP la **Sentencia del Tribunal de Justicia de Asturias (Sala de Oviedo), de 11 de junio**

de 2013, Rec. contencioso-administrativo núm. 1203/2011. El Tribunal recuerda que la Administración debe intereses de demora desde el día siguiente al transcurso del plazo de 60 días contados a partir de la fecha de la certificación o de la factura, por cuanto que la obligación de pago existe desde que la certificación o la factura ha sido ya librada. El día final del cómputo es el momento en que el contratista percibe el importe de la certificación o factura, esto es, la fecha del pago efectivo, salvo que el retraso fuera imputable exclusivamente al perceptor.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. NOTA PREVIA.
 2. ADMINISTRACIÓN LOCAL.
 - A) **Alteración de términos municipales. Procedimiento de agregación de una parte del término municipal: el informe preceptivo debe ser emitido por el Pleno de la Diputación provincial.**
 - B) **Autonomía local. Órganos municipales. Constitucionalidad de los preceptos de la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, relativos a la organización básica.**
 - C) **Competencias municipales.**
 - a) No existen normas que habiliten a los Ayuntamientos para ordenar la eficiencia energética de los edificios y el uso en ellos de energías renovables.
 - b) Ordenanzas reguladoras de telecomunicaciones: régimen competencial y limitaciones a la instalación de antenas de telefonía móvil e infraestructuras radioeléctricas.
 - D) **Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Nombramiento de alcalde. Recurso de amparo electoral. Vulneración de los derechos a la participación política y de acceso a los cargos públicos representativos (art. 23 CE). Designación como alcalde de quien no formó parte de las listas electorales y que fue designado concejal cubriendo una vacante en la corporación municipal.**
 3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS.
 - A) **Colegios profesionales. Requisitos exigidos al Presidente del Colegio Profesional. Nulidad de la Convocatoria General de la Asamblea y acuerdos adoptados en la misma por no reunir el Presidente los requisitos reglamentariamente exigidos.**
 - B) **Profesiones tituladas.**
 - a) Profesiones tituladas y obstáculo a la libertad de establecimiento en la UE.
 - b) Competencias de los ingenieros de minas para proyectar instalaciones eléctricas.
-

1. NOTA PREVIA

En la anterior crónica de jurisprudencia dábamos cuenta de la **STS de 3 de enero de 2013** en la que el alto Tribunal analizaba la situación de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria ante la nueva cualificación profesional de gestión comercial inmobiliaria establecida en

el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y concluía que la entrada en vigor del Real Decreto 1550/2011 deja intacto el régimen jurídico de los APIS. Nuevamente el Tribunal se vuelve a pronunciar al respecto en la **STS de 11 de junio de 2013** en la que, ante la solicitud de nulidad del mencionado Real Decreto por parte del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad inmobiliaria resuelve que no ostenta siquiera legitimación ni interés legítimo.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Alteración de términos municipales. Procedimiento de agregación de una parte del término municipal: el informe preceptivo debe ser emitido por el Pleno de la Diputación provincial

El TS en su **sentencia de 10 de junio de 2013** (recurso 1798/2010) anula la sentencia del TSJ de Andalucía que desestimaba la ampliación del término municipal de El Viso del Alcor mediante la agregación de una parte del municipio de Carmona y ha retrotraído el expediente para que la Diputación elabore el informe necesario. El TSJ desestimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de El Viso contra el Decreto 33/2007, de 6 de febrero, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por la que se desestimaba la solicitud del Ayuntamiento de El Viso del Alcor de ampliación de su término municipal, mediante la mencionada agregación de una parte del término de Carmona.

El Ayuntamiento presentó recurso de casación ante el Supremo, admitido en los puntos en los que hacía referencia a la omisión del informe del pleno de la Diputación en la tramitación del Decreto impugnado, en una supuesta infracción por vulneración de la autonomía municipal garantizada en la Constitución y por omisión del trámite de audiencia. El Alto Tribunal entiende que el Ayuntamiento tiene razón sobre el informe de la Diputación porque la solicitud de agregación que pidió requería que se hubiera emitido por parte del Pleno, habiendo sido, sin embargo, el documento que obra en el expediente emitido por el Presidente.

El TS concluye que al no haberse emitido el informe preceptivo debe estimarse el motivo y casar y anular la sentencia del TSJ de Andalucía y retrotraer el expediente de agregación al momento anterior a la emisión del dictamen.

B) Autonomía local. Órganos municipales. Constitucionalidad de los preceptos de la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, relativos a la organización básica

La **STC 143/2013, de 11 de julio** (BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2013), apura la doctrina de la STC 103/2013, de 25 de abril, anotada en la crónica anterior, y resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la disposición final primera y el artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en cuanto da nueva redacción a determinados artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL).

Buena parte de los preceptos legales ahora impugnados son los mismos recurridos en esa otra ocasión y examinados ya por la citada STC 103/2013, a la que esta nueva Sentencia ahora simplemente se remite, recordando sus principales declaraciones. Otros preceptos, en cambio, se impugnan ahora por primera vez. Es el caso, en lo que ahora más nos importa, de los siguientes grupos de preceptos de la LRBL: i) apartados 1 y 3 del art. 70 bis; ii) artículos 122.5 d), 135.3 y 136, y iii) art. 137. En todos los casos el Tribunal concluye descartando que los citados preceptos sean inconstitucionales.

El apartado 1 del art. 70 bis LRBL establece la obligación de los ayuntamientos de establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local. Por su parte, el apartado 3 contempla la obligación igualmente de los ayuntamientos de impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar esa participación y la comunicación con los vecinos para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas, sin perjuicio, en este último caso, de que los municipios con insuficiente capacidad económica y de gestión puedan contar con la preceptiva colaboración de las Diputaciones provinciales, Cabildos y Consejos insulares.

La Generalitat de Cataluña alegó que el apartado 1 del art. 70 bis LRBL vulneraba la autonomía local en la medida que corresponde a los municipios la decisión de si establecen o no procedimientos y órganos específicos de participación, y el apartado 3 porque ser desconocer además la garantía de la suficiencia financiera de las entidades locales del art 142 CE.

El Tribunal despacha sumariamente estas alegaciones afirmando, en primer lugar, que las previsiones del apartado 1 del art. 70 bis LRBL que se han recordado «no solo son plenamente acordes con los principios y valores constitucionales (entre otros, arts. 1.1, 9.2 y 23.1 CE), sino que además dejan a los entes locales una amplísima libertad para escoger la forma, los medios y el ritmo más adecuados, a su propio juicio y de acuerdo con sus propias características, para cumplir en cada momento con esos deberes». Y a continuación censura el planteamiento del recurso, pues, garantía institucional de la autonomía local no «comprende una pretendida libertad de los entes locales para establecer o no procedimientos y órganos específicos de participación, o para quedar libres de la utilización de las tecnologías de la información para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos. Es evidente que semejantes libertades no están amparadas por la garantía institucional de la autonomía local».

En parecidos términos sumarios, el Tribunal descarta que el apartado 3 del art. 70 bis LRBL impugnado contradiga el art. 142 CE, pues «el precepto no crea prestaciones concretas y taxativas que los entes locales deben satisfacer necesariamente y que los vecinos pueden exigirles directamente».

Por su parte, los arts. 122.5 d), 135.3 y 136 LRBL, respectivamente, atribuyen al secretario general del Pleno las funciones de ejecución de los acuerdos del Pleno, adscriben al «órgano de gestión tributaria» la función de recaudación y establecen un órgano responsable del control y de la fiscalización interna cuyo titular será nombrado entre funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

A juicio de la Generalitat de Cataluña, las funciones encomendadas por los citados preceptos a funcionarios de habilitación nacional sobrepasan las reservadas por el art. 92.2 LBRL a dichos funcionarios e invaden los puestos de plantilla de los funcionarios locales, vulnerando de este modo la autonomía municipal.

El Tribunal rechaza este planteamiento, que tacha, como el anterior, de escasamente fundado, y, con cita de su propia doctrina constitucional, afirma que es «válida y ajustada plenamente a la Constitución la decisión del legislador estatal que, al amparo del art. 149.1.18 de la norma fundamental, ha fijado como básicas —y, por tanto, necesarias en todas las Corporaciones Locales— determinadas funciones que, por su propia naturaleza quedan reservadas a determinados funcionarios con un específico grado de formación», cuyo carácter básico consiste en «garantizar de manera generalizada en todas las Administraciones Locales el correcto desempeño y desenvolvimiento de cierto elenco de funciones que, por su trascendencia misma, rebasan el estricto interés local y, más aún, autonómico».

Además, en relación con la primera de las funciones discutidas, el Tribunal precisa «que la función de ejecución de los acuerdos del Pleno atribuida al secretario general del Pleno por el art. 122.5 d) LBRL no es más que el complemento de las funciones de comunicación, publicación y certificación de los acuerdos plenarios asignadas a dicho funcionario y [...] no altera la distribución de funciones entre los órganos que tienen encomendado el gobierno y la administración municipales, pues conforme a la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, al alcalde le corresponde expresamente dirigir la política, el gobierno y la administración municipal, sin perjuicio de la acción colegiada de colaboración en la dirección política que, mediante el ejercicio de las funciones ejecutivas y administrativas que le son atribuidas por esta Ley, realice la Junta de Gobierno Local [art. 124.4 b) LBRL]».

Con igual vigor el Tribunal afirma que «ni el control de eficacia atribuido por el art. 136 LBRL a la Intervención general municipal ni la circunstancia de que ello implicaría una valoración de la gestión económico-financiera llevada a cabo por los órganos de gobierno del Ayuntamiento suscitan reparos de índole constitucional, sino todo lo contrario, pues todo ello se ajusta plenamente a los principios generales de buena gestión financiera parcialmente constitucionalizados en el art. 31.2 CE». Para añadir que ese control «no tiene por qué excluir el control que cada órgano municipal quiera desarrollar, en el ámbito de sus competencias, sobre su gestión económico-financiera.

Finalmente, respecto del art. 137 LRBL que establece reglas muy precisas sobre el órgano encargado de la resolución de las reclamaciones económico-administrativas y sus funciones, y que la Generalitat de Cataluña había impugnado por considerar que el mismo ocupaba «la totalidad del espacio normativo que corresponde tanto a las Comunidades Autónomas como a los propios municipios», comprometiendo de este modo su autonomía, la Sentencia rechaza igualmente este planteamiento y, en su lugar, declara que el citado precepto «pretende consagrar la independencia y la competencia técnica del órgano revisor de los actos tributarios locales como forma de satisfacer los principios de eficacia y objetividad predicable de la actuación de todas las Administraciones públicas. Ello forma parte de las bases que configuran el diseño de la Administración tributaria local que corresponde establecer al Estado, dejándose expresamente en manos del Pleno la regulación de la composición, competencias, organización, funcionamiento y procedimiento de tramitación de las reclamaciones tributarias».

C) Competencias municipales

- a) *No existen normas que habiliten a los Ayuntamientos para ordenar la eficiencia energética de los edificios y el uso en ellos de energías renovables*

El Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza aprobó el 24 de julio de 2009 la Ordenanza municipal de eco-eficiencia energética y utilización de energías renovables en los edificios y sus instalaciones. Contra la citada norma el Colegio Oficial de Arquitectos de Aragón interpuso recurso-contencioso-administrativo invocando la vulneración del ordenamiento vigente por falta de competencia de la Administración local respecto a la materia regulada en la Ordenanza, la cual corresponde al Estado y a la Comunidad Autónoma, citando en apoyo de su pretensión la STS de 24 de junio de 2008 (recurso 4236/2005), confirmatoria de la del TSJ de Navarra que había anulado la Ordenanza del Ayuntamiento de Pamplona aprobada por Pleno de 2 de octubre de 2003, sobre captación y aprovechamiento de energía solar térmica en edificios.

Por **STSJ de Aragón de 27 de mayo de 2013** (recurso 421/2009) se da la razón al Colegio de Arquitectos y se anula la Ordenanza impugnada. Como la propia sala reconoce, la cuestión debatida —la competencia de los Ayuntamientos para dictar normas en esta materia—, no resulta pacífica en la jurisprudencia. Así, además de analizar la citada STS de 24 de junio de 2008, la sentencia comentada recuerda los pronunciamientos de otras sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en asuntos similares y que, por razones de espacio, sólo podemos enumerar: STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de mayo de 2008 (recurso 1024/2006), STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de diciembre de 2011 (recurso 517/2008), STSJ de Galicia de 17 de julio de 2008 (recurso 4085/2006), STSJ de Madrid de 25 de junio de 2007 (recurso 934/2003), y STSJ de Andalucía de 30 de noviembre de 2007 (recurso 165/2005). El TSJ de Aragón recuerda como ninguna de las sentencias anteriores identifica norma legal concreta habilitadora para el ejercicio de estas competencias por los Ayuntamientos, aunque la STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de mayo de 2008 afirma que tampoco están expresamente excluidas.

A continuación la Sala recuerda cuál es la distribución competencial en la materia. Partiendo de las competencias exclusivas estatales contenidas en las reglas 23.^a y 25.^a del artículo 149.1 de la Constitución, el artículo 3.1.c).3 de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación señala los requisitos básicos de la edificación en materia de ahorro de energía y aislamiento térmico, con el objetivo de conseguir un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio. En su apartado 2 dicho precepto determina que el Código Técnico de la Edificación (CTE), aprobado por Real Decreto 314/2006, es el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios y sus instalaciones con el fin de cumplir los requisitos básicos fijados por la Ley 38/1999. Éste Código podrá completarse con las exigencias de otras normativas dictadas por las «*Administraciones competentes*». La Disposición Final 1.^a del CTE establece su carácter básico al haber sido redactado al amparo de las competencias estatales previstas en las reglas 16.^a, 23.^a y 25.^a de la Constitución. Su artículo 15 recoge cuáles son las exigencias básicas de ahorro de energía, entre ellas las de contribución solar mínima de agua caliente sanitaria y contribución fotovoltaica mínima de energía eléctrica. En relación con éstas últimas exigencias básicas, los valores establecidos por el correspondiente Documento Básico del CTE (DB-HE) se consideran mínimos, sin perjuicio de valores que puedan

ser establecidos *por administraciones competentes* y que contribuyan a la sostenibilidad, *atendiendo a las características propias de su localización y ámbito territorial*.

Como dice el TSJ de Aragón, no se concretan cuáles son estas administraciones competentes para fijar estos otros valores atendiendo a las características propias de su localización y ámbito territorial, pero la citada STS de 24 de junio de 2008, rechaza que el artículo 25.2 de la Ley de Bases del Régimen Local autorice a los municipios, porque las competencias que en dicho precepto se reconocen a éstos en materia de protección del medio ambiente (apartado f) se ejercerán «en todo caso en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas». Por ello el Tribunal Supremo afirma que «debe así localizarse en una u otra previsión normativa cuya interpretación conduzca a afirmar que aquella competencia municipal sobre la referida materia incluye la potestad de dictar normas reglamentarias con un contenido obligatorio tan específico como el de aquella ordenanza». En los mismos términos regula las competencias municipales el artículo 42 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón, referidas a la protección del medio ambiente, al decir en su apartado 2.f) que se ejercerán «con el alcance que determinen las leyes del Estado y de la Comunidad Autónoma». Tampoco la Ley 5/1999 urbanística de Aragón permite encontrar atribución específica alguna en tal sentido. Por último, afirma la sentencia, tampoco el Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprobó el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de los edificios de nueva construcción, contiene ninguna atribución específica a los municipios en esta materia, disponiendo en su Disposición Final 1.ª que esta regulación tiene carácter básico al amparo de lo dispuesto en las reglas 13.ª, 23.ª y 25.ª del Artículo 149.1 CE. El Real Decreto habilita a los Ministerios competentes para dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo y aplicación y atribuye ciertas competencias de control externo y de inspección a las Comunidades Autónomas. Añadamos nosotros que este Real Decreto ha sido sustituido por el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, que amplía la certificación de eficiencia energética de los edificios a algunos ya existentes, pero mantiene sin ninguna alteración el esquema competencial que acabamos de ver.

A la luz de lo anterior, el Tribunal concluye que no se localizan normas habilitadoras concretas sobre la materia específica objeto de regulación por la Ordenanza impugnada, ni ésta proporciona en su desarrollo las especificaciones que, por razón de su localización y ámbito territorial, puedan permitir al Ayuntamiento de Zaragoza una regulación específica en materia de medio ambiente y, más concretamente, de eficiencia energética y utilización de las energías renovables en los edificios del municipio. Como avala la interpretación sentada hasta ahora por la STS de 24 de junio de 2008, la competencia sobre la materia aparece reservada a la regulación estatal y autonómica, por lo que procede declarar la nulidad de pleno derecho por no ser conforme a Derecho de la Ordenanza impugnada.

b) *Ordenanzas reguladoras de telecomunicaciones: régimen competencial y limitaciones a la instalación de antenas de telefonía móvil e infraestructuras radioeléctricas*

En el número anterior de esta revista, ya dimos cuenta de la importante STS de 11 de febrero de 2013 (recurso 4490/2007), en la que la Sección Especial de la Sala Tercera del

Tribunal Supremo fijaba doctrina en relación con las limitaciones a la instalación de antenas de telefonía móvil. Dado que, además de en el n.º 60, nos hemos venido refiriendo a la cuestión de la intervención municipal sobre instalación de infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación en los números 49, 52, 53 y 56 de esta Revista, y teniendo en cuenta que son muy numerosas las resoluciones del Tribunal Supremo sobre esta materia, nos limitaremos a enumerar el conjunto de sentencias que se han dictado recientemente y que analizan aspectos ya comentados con anterioridad.

Así, la **STS de 8 de marzo de 2013** (recurso 5778/2005) estima —nótese que casi 8 años después— el recurso de casación interpuesto por una compañía de telefonía móvil contra la STSJ de Galicia de 13 de julio de 2005 (recurso 7407/2003). Esta sentencia, que se remite a la citada STS de 11 de febrero de 2013, analiza la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de las telecomunicaciones y su relación con otras competencias como las de protección del medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, y protección de la salud. También aborda la imposición por los Ayuntamientos, por razones de protección del paisaje urbano y de protección del medio ambiente, de la obligación de compartir emplazamientos por las diferentes operadoras, para lo que se remite, entre otras, a la STS de 13 de diciembre de 2011 (recurso 7454/2004) ya comentada en la crónica 56. Por último la sentencia anula la exigencia de un seguro obligatorio de responsabilidad civil por parte de los operadores «que cubra de manera ilimitada posibles afectaciones a los bienes o a las personas» y la obligación de revisión de las licencias de instalación otorgadas por el Ayuntamiento «como mínimo cada dos años, a los efectos de incorporar avances tecnológicos que incidan positivamente en la disminución del impacto visual o su adaptación al entorno», lo que se considera como una «cláusula de progreso».

También la **STS de 2 de abril de 2013** (recurso 97/2006) casa parcialmente la STSJ de Andalucía de 11 de octubre de 2005, conteniendo referencias, entre otras, a la STS de 11 de febrero de 2013. En esta otra sentencia se analiza, una vez más, la extralimitación competencial de la ordenanza y se estudia la regulación de las distancias mínimas de seguridad —donde se vuelve a recordar que el ejercicio por el Estado de sus competencias en relación con la adopción de las pertinentes medidas sanitarias frente a los riesgos derivados de la exposición de la población a emisiones radioeléctricas, representa para los Ayuntamientos un límite en el ejercicio de sus competencias, frente al que no cabe invocar ni el principio de autonomía local, ni el de subsidiariedad de la acción de los entes locales—. A las cuestiones anteriores se refiere también la **STS de 24 de mayo de 2013** (recurso 1790/2007), en la que además se recuerda, citando la STS de 24 de febrero de 2012 (recurso 4964/2008) que la imposición a los operadores de las mejores técnicas disponibles o de las más novedosas tecnologías (cláusula de progreso) supone alterar el concepto de red global, constituyendo una invasión competencial de los municipios sobre las competencia estatal en el sector de las telecomunicaciones.

A la regulación de distancias mínimas de seguridad y a la revisión de licencias cada dos años, a los efectos de incorporar avances tecnológicos que incidan positivamente en la disminución del impacto visual o su adaptación al entorno, se refiere también la **STS de 29 de mayo de 2013** (recurso 2996/2010). Pueden verse también las **SSTS de 30 de abril** (recurso 3027/2006), **10 de mayo** (recurso 3157/2006), **20 de mayo** (recurso 4732/2006) y **5 de junio de 2013** (recurso 6562/2008).

D) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Nombramiento de alcalde. Recurso de amparo electoral. Vulneración de los derechos a la participación política y de acceso a los cargos públicos representativos (art. 23 CE). Designación como alcalde de quien no formó parte de las listas electorales y que fue designado concejal cubriendo una vacante en la corporación municipal

En enero de 2013, el entonces Alcalde de Cudillero (Asturias) por el PSOE presentó su renuncia al cargo y a su acta de concejal ante el Pleno del Ayuntamiento, aduciendo motivos personales y familiares. Simultáneamente, los siguientes candidatos y suplentes de la misma lista electoral formularon su renuncia anticipada a la candidatura a la Alcaldía. En estas condiciones, por la vía del art. 182.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), la ejecutiva local del PSOE propuso la designación como Alcalde de don Ignacio Fernández Díez, que no había concurrido ni como candidato ni suplente a la última cita electoral de 2011. Dos meses después, en marzo de 2013, el Pleno del Ayuntamiento aprobó la propuesta y eligió Alcalde al citado Sr. Fernández Díez. Contra esta decisión, el Partido Foro Asturias Ciudadanos y otras cuatro personas interpusieron recurso contencioso-electoral ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que fue desestimado por Sentencia del siguiente 6 de mayo de 2013, y finalmente, más tarde, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Al igual que ya hicieran antes en la vía judicial ordinaria, los recurrentes denuncian que la citada decisión municipal es contraria al derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicos (art. 23.2 CE), por una razón principal: conforme a los arts. 196 y concordantes de la LOREG, para poder ser candidato a la Alcaldía es imprescindible haber concurrido a las elecciones municipales encabezando la correspondiente lista electoral.

La **STC 125/2013, de 23 de mayo (BOE núm. 145, de 18 de junio de 2013)** resuelve el citado recurso y otorga el amparo solicitado. Pero interesan sobre todo sus razonamientos.

El Tribunal Constitucional comienza notando, supuesto que el derecho del art. 23.2 CE de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos es un derecho de configuración legal, que el art. 196 a) LOREG establece que «pueden ser candidatos todos los concejales que encabezen sus correspondientes listas». Para el Tribunal esta previsión certifica la exigencia de un plus de representatividad en la persona candidata a Alcalde y testimonia muy bien la vigencia del principio democrático que preside y anima la autonomía local. Esta misma exigencia luce igualmente en el art. 198 LOREG cuando establece que la vacante en la Alcaldía por renuncia «debe resolverse conforme a lo previsto en el art. 196, considerándose a estos efectos que encabeza la lista en que figuraba el alcalde el siguiente de la misma, a no ser que renuncie a su candidatura». Lo que confirma que la elección sucesiva de Alcalde durante el mandato municipal está conectada con la voluntad de los electores expresada en el voto a una determinada lista, ordenada escalonadamente, con preferencia del miembro anterior de la lista sobre los posteriores, con la única excepción del caso de renuncia.

A continuación el Tribunal subraya la relevancia constitucional de la conexión entre voluntad de los electores y elegido Alcalde por intermediación del sistema de prelación en la lista electoral, y advierte también que esa vinculación «no puede ser condicionada en sus elementos esenciales por la mediación de los partidos políticos por tratarse de un

mandato libre, pues la concepción de que es del partido y no de los electores de quien se recibe el mandato representativo es inaceptable desde el punto de vista constitucional».

Con estos presupuestos, la cuestión consistía, pues, en determinar si, conforme a la interpretación constitucional ex art. 23.1 y 2 CE de los requisitos previstos en la LOREG para la elección del alcalde, los concejales que acceden por la vía excepcional del art. 182.2 LOREG tienen capacidad, como el resto de concejales, para llegar a ser cabeza de lista por la renuncia del resto, o si, por el contrario, sólo los concejales que formaron parte de la lista electoral presentada en su momento pueden llegar a ser cabeza de lista, por renuncia de los demás, y, en consecuencia, pueden presentar su candidatura a alcalde.

La Sentencia declara que, si bien el art. 182.2 LOREG permite acceder al cargo de concejal y, por tanto, formar parte del grupo municipal a un ciudadano no incluido en la lista electoral presentada en su momento, esa posibilidad no está prevista, sin embargo, para el caso de la elección de alcalde, pues «la condición de cabeza de lista lo ha de ser en el proceso electoral y en directa conexión con la voluntad popular, asegurando la plena representación democrática a quien ha de detentar el gobierno y la administración municipal». En consecuencia, «un concejal que no ha concurrido a la elección [no] cumpl[e] los requisitos establecidos en el art. 198 LOREG, que exige expresamente la inclusión en la lista electoral de quien se propone como candidato a alcalde, lo cual excluye a personas que no hubieren concurrido a las elecciones en las correspondientes candidaturas presentadas en su momento».

En suma, para el Tribunal, «quienes no integraron la lista electoral y han accedido al cargo público de concejal por la vía del art. 182.2 LOREG» no pueden presentar su candidatura a alcalde. Pues, «en otro caso, se estaría alterando gravemente la voluntad del cuerpo electoral y, en consecuencia, viciando la relación representativa entre el conjunto de los ciudadanos y los órganos representativos; relación ésta, cuyo correcto establecimiento es capital para la existencia y funcionamiento del Estado democrático que consagra el art. 1.1 CE».

Discrepando del criterio mayoritario, el Magistrado Sr. Ollero Tessara firma un voto particular en el que pone de relieve la incoherencia del razonamiento de la Sentencia. Pues, en su opinión, una vez admitida la posibilidad de que un ciudadano pueda acceder a la condición de concejal por la vía del art. 182.2 LOREG, no obstante no haber concurrido tampoco a las elecciones en la correspondiente lista electoral, no se entiende muy bien por qué, ese concejal no puede presentar su candidatura a alcalde, salvo que se afirme, como hace la Sentencia, que el cargo de alcalde exige un plus de representatividad y, en consecuencia, se admita también la existencia de «la novedosa figura del concejal no alcaldable».

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) Colegios profesionales. Requisitos exigidos al Presidente del Colegio Profesional. Nulidad de la Convocatoria General de la Asamblea y acuerdos adoptados en la misma por no reunir el Presidente los requisitos reglamentariamente exigidos

La STS de 10 de mayo de 2013 (recurso 2020/2012) declara que ha lugar el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia del TSJ de Madrid de 20 de enero de 2012

que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución del Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, de 3 de diciembre de 2010, que convocó la Asamblea General del Consejo para el día 15 de diciembre de 2010, y contra la constitución y los acuerdos adoptados por dicha Asamblea.

El primer motivo de casación, interpuesto al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, denuncia la lesión de los artículos 26, 27 y 28 de los Estatutos Generales, aprobados por RD 1231/2001, de 8 de noviembre, de la Organización Colegial de Enfermería, artículo 26.1.d) de la Ley 30/1992, en relación con los artículos 1.1, 70.2, 71 a) y b) y 103.4 de la LJCA.

Se sostiene, en síntesis, que la convocatoria de la Asamblea General es nula porque se efectuó por un presidente cuya elección había sido declarada nula por esta Sala Tercera en Sentencia de 3 de noviembre de 2010 (recurso de casación n.º 957/2009).

El motivo ha de ser estimado porque efectivamente la sentencia infringe los artículos 28.2 de los Estatutos Generales, 70.2 y 103.4 de la LJCA cuando no tiene en cuenta que la Asamblea General fue convocada por quién había sido declarado, por sentencia firme, inhábil para ser elegido presidente.

Concretamente, el TS en su sentencia de 3 de noviembre de 2010, declaró haber lugar a la casación y anuló la elección del Presidente del Consejo General de Colegios de Enfermería. La razón de la estimación radicaba en el que el elegido no reunía los requisitos exigidos para el cargo, pues «lo que se exige es el ejercicio de la profesión de enfermero, y ejercer de tal no admite otra acepción no sólo gramatical sino de cualquier otro significado que no sea la de la práctica de una profesión u oficio, en este supuesto la enfermería. En eso consiste el ejercicio de una profesión en la dedicación a la misma, a su desempeño como profesión. Y no se puede tener por ejercida la misma porque se ejerza su docencia y se transmitan unos determinados conocimientos en relación con ella a quienes aspiran a alcanzar el título académico que acredita que los poseen y les habilitan para su ejercicio».

Tras conocer la sentencia, la Comisión Ejecutiva del Consejo General citado convoca nuevas elecciones en las que sale elegido el mismo presidente que no cumplía, por tanto, los requisitos exigidos. Proclamado Presidente, en fecha 3 de diciembre de 2010 convoca Asamblea General para el día 15 siguiente. Y en esta Asamblea se adoptan los tres acuerdos también impugnados en la instancia.

Esta nueva elección es, a su vez, anulada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que es el juez de la ejecución, mediante Auto de 21 de febrero de 2011. En esta resolución se concluye que «sin necesidad de entrar en consideraciones respecto de su contenido, la procedencia de la anulación del resto de los acuerdos que se derivan del de nueva convocatoria de elecciones, que de modo flagrante incumple la sentencia del Tribunal Supremo y ello con independencia del resultado del proceso electoral indebidamente convocado».

El TS concluye que no se puede sino estimar el motivo de casación porque, como se infiere de la secuencia que se ha relatado, las nuevas elecciones celebradas tras la Sentencia de 3 de noviembre de 2010, lejos de ejecutar la sentencia, lo que pretendían era consumir, con celeridad, una ilegalidad ya declarada por sentencia firme.

B) Profesiones tituladas*a) Profesiones tituladas y obstáculo a la libertad de establecimiento en la UE*

Según la reciente **Sentencia del TJUE de 27 de junio de 2013** (Asunto C-575/11) excluir el reconocimiento de un título de masajista-especialista sanitario en hidroterapia que permite ejercer una profesión autónoma en el Estado que lo ha expedido supone un obstáculo a la libertad de establecimiento no justificado por la protección de los consumidores o de la salud pública.

El caso resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Griego en el caso del Sr. Nasiopoulos, contra el Consejo de Estado Griego. El Sr. Nasiopoulos, nacional griego, obtuvo en Alemania, tras cursar en dicho país una formación de dos años y medio, un título que le autoriza a ejercer la profesión de masajista-especialista no está regulada en Grecia. La profesión más similar es la de fisioterapeuta, cuya formación mínima es de tres años. Por esta razón, el Ministerio de Sanidad griego desestimó la solicitud del Sr. Nasiopoulos de acceder en dicho Estado a la profesión de fisioterapeuta.

El Symvoulio tis Epikrateias (Consejo de Estado Griego), pregunta al Tribunal de Justicia si los principios sobre la libertad de establecimiento admiten una legislación nacional que excluye el acceso parcial a la profesión de fisioterapeuta a un nacional de un Estado miembro que ha obtenido en otro Estado miembro un título —como el de masajista-especialista sanitario en hidroterapia— que le autoriza a ejercer, en este segundo Estado miembro, una parte de las actividades que abarca la profesión de fisioterapeuta.

En su sentencia el TJUE recuerda que la libertad de establecimiento se ejerce en las condiciones fijadas por el país de acogida para sus propios nacionales. En el caso de la profesión de fisioterapeuta, que hasta la fecha no se ha armonizado a nivel de la Unión, los Estados miembros siguen siendo competentes para definir las condiciones de acceso, respetando las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.

El TJUE considera que excluir todo acceso parcial a una profesión regulada puede obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento y sólo puede estar justificado por razones imperiosas de interés general dirigidas, por ejemplo, a proteger a los consumidores y la salud pública, sin ir más allá de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

A los consumidores se les debe proteger frente al riesgo de que se vean inducidos a error sobre la amplitud de las cualificaciones del fisioterapeuta. A tal fin, se podrían aplicar condiciones menos coercitivas que excluir el acceso parcial a la profesión: por ejemplo, la obligación de ostentar el título profesional de origen tanto según su forma original en la lengua en la que ha sido expedido como en la lengua oficial del Estado miembro de acogida. Por otro lado, la protección de la salud pública exige, ciertamente, una especial atención a criterio del TJUE. Sin embargo, la profesión de fisioterapeuta o de masajista está incluida en el ámbito paramédico, y sus prestaciones consisten exclusivamente en la aplicación de una terapia prescrita por regla general por un médico, que elige al masajista-especialista sanitario en hidroterapia y con quien actúa en estrecha relación, con un vínculo de dependencia y cooperación. Por ello el TJUE concluye que la exclusión de un acceso parcial a la profesión de fisioterapeuta va más allá de lo que es necesario para proteger a los consumidores y la salud pública.

Precisa el Tribunal que, en los casos en los que dos profesiones pueden calificarse como comparables en el Estado miembro de formación y en el de acogida, las lagunas de la formación del profesional, en relación con la formación que se exige en el Estado miembro de acogida, pueden colmarse mediante medidas compensatorias. En cambio, cuando las diferencias entre los campos de actividad son tan grandes que, en realidad, el profesional debería seguir una formación completa para poder ejercer en otro Estado miembro las actividades para las que está cualificado, ello constituye un factor que puede disuadir de ejercer dichas actividades en el Estado miembro de acogida.

Corresponde a las autoridades nacionales y, concretamente, a los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de acogida (Grecia), determinar en cada caso concreto hasta qué punto el contenido de la formación que se exige por dicho Estado miembro de acogida es diferente del contenido de la formación obtenida en el Estado de formación (Alemania).

El TJUE indica, como uno de los criterios decisivos que debe examinarse en primer lugar por las autoridades nacionales, el hecho de que la actividad de masajista-especialista sanitario en hidroterapia sea objetivamente dissociable del conjunto de las actividades que abarca la correspondiente profesión en el Estado de acogida.

Por tanto, cuando en el Estado de formación (Alemania) la profesión de masajista-especialista sanitario en hidroterapia pueda ejercerse en forma independiente o autónoma, la exclusión del reconocimiento parcial de dicha calificación en el Estado de acogida (Grecia) produce un efecto disuasorio sobre la libertad de establecimiento que no puede justificarse por el temor a la vulneración de los derechos de los destinatarios de los servicios.

b) Competencias de los ingenieros de minas para proyectar instalaciones eléctricas

El TSJ de Madrid dictó sentencia el 4 de noviembre de 2009, desestimatoria del recurso deducido por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de la Comunidad Valenciana contra una Resolución de la subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio de la Comunidad Valenciana de 9 de abril de 2008, relativa a la aprobación de un proyecto de ejecución de subestación eléctrica. El TS en su **Sentencia de 13 de mayo de 2013** (recurso 635/2010) desestima el recurso de casación interpuesto por el Colegio recurrente, con imposición de las costas.

La Resolución de 9 de abril desestimaba los recursos de alzada —acumulados— que había interpuesto el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de la Comunidad Valenciana contra las dos dictadas por la Dirección General de Política Energética y Minas, ambas de fecha 1 de diciembre de 2006. Mediante la primera de ellas se autorizó y se declaró, en concreto, la utilidad pública de la instalación de transporte de energía eléctrica Sagunto 220 kV, en la provincia de Valencia. Mediante la segunda se aprobó el proyecto de ejecución de la referida instalación eléctrica, promovida en su día por «Fuerzas Eléctricas de Valencia, S.A.» y en la actualidad bajo la titularidad de «Red Eléctrica de España, S.A.U». La instalación cuyo proyecto se autorizó pertenece a la red de transporte de energía eléctrica peninsular.

En el recurso ante el TSJ, el Colegio de Ingenieros Industriales alegó que el técnico autor del proyecto de la instalación eléctrica (un ingeniero de minas) carecía de competen-

cia para redactarlo y firmarlo. El Colegio recurrente no adujo que el contenido del proyecto dejase de responder a las normas y prescripciones técnicas a él aplicables, ni que fuese inadecuado a tales efectos, sino exclusivamente la falta de competencia profesional, en abstracto, de los ingenieros de minas para proyectar este tipo de instalaciones eléctricas.

La Sala de instancia corroboró la decisión del Ministerio de Industria, desfavorable a la pretensión del Colegio en la vía administrativa. En la sentencia impugnada el tribunal zanjó la controversia profesional dando la razón a la Administración del Estado (fundamento jurídico segundo), transcribió y citó diversas sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo, y de los Tribunales Superiores de Justicia, recaídas en litigios sobre las competencias de cada rama de la ingeniería (fundamento jurídico Tercero) y finalmente rechazó la pretensión indemnizatoria instada por el Colegio demandante (fundamento jurídico cuarto y último).

El TS entiende que no existe una norma legal que expresamente reserve a los ingenieros industriales la redacción de estos proyectos de instalaciones energéticas. Ni la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, ni el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de las instalaciones de energía eléctrica, incluyen aquella reserva. Todo lo más, algunos preceptos del reglamento se refieren a los «técnicos facultativos competentes» sin mayores precisiones.

La tesis del Colegio recurrente trata, por el contrario, de implantar —sin la cobertura de una Ley— precisamente dicha reserva de actividad, o monopolio de atribución, en favor de los ingenieros industriales negando que otros profesionales de la ingeniería (en concreto, los ingenieros de minas) estén habilitados para la firma de aquellos proyectos.

El TS recuerda que la doctrina general impuesta por la Sala es que en los supuestos de ausencia de norma expresa que confiera la atribución en exclusiva (reserva de actividad) es opuesta al monopolio de una determinada rama de la ingeniería frente a otras y favorable, por el contrario, a examinar si las capacidades técnicas del autor del proyecto, puestas de manifiesto por la posesión del título de ingeniero, acreditan su idoneidad para realizarlo. Conforme a este criterio pueden coexistir, indistintamente, determinados proyectos suscritos por ingenieros con diferentes titulaciones.

Por lo tanto, del examen de las capacidades y conocimientos inherentes al plan de estudios de los ingenieros de minas, y especialmente del análisis de los dos Decretos, de 1934 y 1935, cuya supuesta vulneración denuncia el Colegio recurrente, puede deducirse que ninguno de ambos ha sido vulnerado por la sentencia de instancia.

MIGUEL CASINO RUBIO
JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

1. CONCEPTO DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA.
 - A) **Actos que no constituyen sanción.**
2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA SANCIONADORA.
 - A) **La competencia para prever medidas provisionales en procedimientos sancionadores es *ratione materiae*.**
3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.
 - A) **La Ley puede llegar a vulnerar, más allá de la dimensión estrictamente formal del principio de legalidad sancionadora, su dimensión material.**
 - B) **Las normas sancionadoras de las federaciones deportivas no requieren de publicidad en periódicos oficiales.**
4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE.
 - A) **La retroactividad debe aplicarse en cualquier instancia, administrativa o judicial, donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora.**
5. ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Necesidad de lesión del bien jurídico protegido: admisión de las infracciones de peligro.**
 - B) **Ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión por los jueces.**
6. COMPETENCIA SANCIONADORA.
 - A) **No es competente para sancionar la Comunidad Autónoma en la que se descubre una infracción de tráfico realizada fuera de su territorio y por entidad sin domicilio en ella.**
7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) **Los defectos formales tienen relevancia invalidante si originan indefensión material.**
 - B) **Derecho a la asistencia letrada y necesidad de indefensión material.**
8. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.
 - A) **El derecho fundamental a la prueba no es absoluto ni ilimitado sino de configuración legal. Su contenido esencial es la admisión y práctica con las debidas garantías de la prueba que, propuesta en tiempo y forma, resulte pertinente.**

- B) **La potencial incidencia favorable de la prueba indebidamente omitida en la estimación de la pretensión del sancionado como requisito para la lesión del derecho a la prueba.**
 - C) **El análisis antidopaje en laboratorio no estatal ni homologado hace inválida la sanción en materia de disciplina deportiva.**
 - D) **Prueba obtenida con posible lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio.**
 - E) **El contenido de unas conversaciones telefónicas intervenidas en un proceso penal en fase de instrucción no es admisible como prueba en un expediente disciplinario por vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones.**
 - F) **Valor probatorio de las actas de la inspección. Constituyen un elemento de prueba los hechos que refleje el documento pero no los juicios de valor o calificaciones jurídicas.**
9. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) **La falta de motivación de la culpabilidad impide conocer la acusación y el control jurisdiccional de la sanción.**
 - B) **Para motivar la concurrencia de culpabilidad no basta con indicar que no concurre ninguna de las causas excluyentes de la responsabilidad previstas en la Ley.**
10. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES.
- A) **El principio de proporcionalidad ampara que la sanción pecuniaria sea de tal cuantía que no la haga más beneficiosa al infractor que el cumplimiento de la norma infringida.**
11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) **Origina la nulidad de la sanción extemporánea.**
12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN.
- A) **La prescripción también determina la imposibilidad de acordar la derivación de responsabilidad subsidiaria a los administradores sobre la deuda tributaria de la sociedad.**
13. EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES.
- A) **Suspensión de las tributarias en vía judicial: exigir una garantía para concederla no conlleva presumir la culpabilidad del recurrente y acodarla sin garantía requiere una motivación específica.**
 - B) **El riesgo de impago de las cuotas de la hipoteca de la vivienda justifica la suspensión de la sanción disciplinaria de separación del servicio.**
 - C) **Los problemas de liquidez de la entidad local sancionada justifican la suspensión de la multa pero no de las medidas de restablecimiento de la legalidad.**
14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA.
- A) **Anulación de la sanción y mantenimiento de otros contenidos de naturaleza no sancionadora.**
-

1. CONCEPTO DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA

A) Actos que no constituyen sanción

— No lo es el endurecimiento de los requisitos para obtener unas subvenciones. La Asociación Nacional de Productores e Inversores de Energías Renovables (ANPER) recurrió el RD 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial. La Asociación recurrente entendía que con la citada norma se habría vulnerado el principio de presunción de inocencia, ya que el procedimiento de verificación previsto en el Real Decreto impugnado tendría por finalidad declarar que las instalaciones fotovoltaicas no cumplen con los requisitos necesarios para que se les aplique el régimen económico de primas, siendo así que se exige al propio administrado probar su inocencia, en contra del invocado principio. La **STS de 27 septiembre 2012**, Sección Tercera (recurso contencioso-administrativo ordinario núm. 1/436/2010), rechaza las pretensiones anulatorias de la Asociación demandante al negar que lo regulado por el RD recurrido posea naturaleza sancionadora:

«En el procedimiento de autos no se aplica ninguna sanción por haber cometido infracción alguna, sino que se trata de verificar el cumplimiento de requisitos para obtener un determinado status jurídico, en concreto, un específico régimen económico; y, naturalmente, de constatar que no se cumplen los requisitos para la percepción de una prima, ésta no será devengada, lo que no puede equipararse en ningún caso a la imposición de una sanción. De esta manera, al no tratarse de un procedimiento sancionador no se puede hablar ni de infracciones ni de sanciones ni, por consiguiente, pueda tampoco invocarse el principio de presunción de inocencia».

— No lo es la medida cautelar de suspensión provisional de funciones de un magistrado como consecuencia del auto de apertura de un juicio oral contra él, aun cuando ya se había adoptado la misma medida con anterioridad pero vinculada a otro juicio oral distinto (**STS de 3 de mayo de 2012**, Sección Séptima, recurso contencioso-administrativo núm. 002/251/2011).

2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA SANCIONADORA

A) La competencia para prever medidas provisionales en procedimientos sancionadores es *ratione materiae*

Se interpone un recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional cuarta de la Ley 2/2002, de 27 de marzo, de establecimiento de normas tributarias y de medidas en materia de organización administrativa, de gestión, relativas al personal de la Comunidad Autónoma de Canarias y de carácter sancionador. Tal disposición adicional cuarta introduce un apartado 3 al art. 60 de la Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas de Canarias (sustituida por la actual Ley 7/2011 que, no obstante, no ha afectado a la cuestión controvertida) que vulnera, según los

recurrentes, el art. 72.2 de la Ley 30/1992, con relación al 136 y 54.1 d) de la misma Ley, y el art. 36 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, por cuanto que tales preceptos reservan al órgano competente para resolver el procedimiento la adopción de medidas provisionales antes de su iniciación. Sin embargo, la norma autonómica permite a los agentes de la autoridad, sin motivación ni procedimiento, la clausura de un local durante cuarenta y ocho horas, cuando se esté perturbando la paz ciudadana sin licencia de apertura, incumpliendo los horarios de apertura y cierre o de emisión de ruidos. Sin embargo, según la **STC 132/2013, de 5 de junio** (recurso de inconstitucionalidad, Pleno), «la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no imposibilita que las Comunidades Autónomas puedan adoptar medidas provisionales en los procedimientos administrativos que, *ratione materiae*, regulen, sino que, antes al contrario, se lo permite, tanto con carácter general (art. 72 LPC), como dentro de los procedimientos sancionadores (art. 136 LPC), incluso con anterioridad a la iniciación del procedimiento administrativo, con carácter provisional, ‘en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados’ en los supuestos ‘previstos expresamente por una norma de rango de Ley, ... Por su parte, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, no sólo habilita, con carácter general, a la autoridad competente para adoptar medidas de seguridad en establecimientos e instalaciones para garantizar la seguridad ciudadana (art. 14 de la Ley Orgánica 1/1992), incluso de carácter extraordinario, tales como ‘el cierre o desalojo de locales o establecimientos’ cuando sea imprescindible (art. 15), sino que le autoriza, dentro del procedimiento sancionador, a la adopción de medidas de seguridad de acción preventiva [art. 36.2 b) de dicha Ley Orgánica], incluida ‘[l]a suspensión o clausura preventiva de fábricas, locales o establecimientos’ [art. 36.2 c) de la Ley Orgánica 1/1992]. Lo anterior supone que, sin necesidad de entrar a delimitar si las normas estatales que se dicen infringidas por el precepto autonómico tienen o no la condición de básicas, lo cierto es que, no existe la pretendida contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica ... No hay que olvidar que, sin perjuicio del obligado respeto a los principios y reglas del procedimiento administrativo común, ‘coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*’, de manera que ‘cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias’ [SSTC 227/1988; 98/2001; y 175/2003]. No hay sobre este particular, entonces, invasión competencial alguna por parte de la Comunidad Autónoma de Canarias pues no existe la contradicción pretendida entre las normas estatales y la autonómica impugnada, lo que conduce a la desestimación también de este último motivo del recurso de inconstitucionalidad».

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) **La Ley puede llegar a vulnerar, más allá de la dimensión estrictamente formal del principio de legalidad sancionadora, su dimensión material**

La Sección Segunda de la Sala Tercera del TS interpuso una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 16, apartados 2 y 10, del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de

marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades por posible vulneración del art. 25.1 CE. Dichos preceptos establecen que «las personas o entidades vinculadas deberán mantener a disposición de la Administración tributaria la documentación que se establezca reglamentariamente». Y que «constituye infracción tributaria no aportar o aportar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos la documentación que conforme a lo previsto en el apartado 2 de este artículo y en su normativa de desarrollo deban mantener a disposición de la Administración tributaria las personas o entidades vinculadas»; «también constituye infracción tributaria que el valor normal de mercado que se derive de la documentación prevista en este artículo y en su normativa de desarrollo no sea el declarado». En ambos casos la Ley califica la infracción de «grave». Al respecto, la **STC 145/2013, de 11 de julio** (cuestión de inconstitucionalidad, Pleno), después de repasar la doctrina constitucional existente sobre las garantías formal y material del principio de legalidad en materia administrativa sancionadora, declara que tales preceptos respetan sus exigencias:

«Seguidamente procede valorar si el apartado 10 del art. 16 LIS vulnera la garantía material del principio de legalidad sancionadora por no predeterminar agotadoramente las infracciones administrativas que recoge ni, en consecuencia, permitir un conocimiento *ex ante* del ámbito de lo prohibido. ... Ahora bien, corresponderá a la jurisdicción ordinaria controlar que el desarrollo reglamentario (y los actos sancionadores de aplicación) cumple con el mandato constitucional de taxatividad. Por eso, si en este caso el reglamento impugnado en el proceso judicial *a quo* cumple o no con la exigencia constitucional de predictibilidad es un asunto ajeno a nuestro enjuiciamiento que habrá de abordar el Tribunal que ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad. Téngase en cuenta que, respecto de las infracciones administrativas, este Tribunal examina con naturalidad la vulneración de la dimensión material del principio de legalidad sancionadora (garantía de taxatividad o previsibilidad) cuando resuelve recursos de amparo, es decir, ... a la vista de un caso concreto, teniendo en cuenta el conjunto de la regulación aplicada, tanto legal como reglamentaria. Sin embargo, en procesos constitucionales de control abstracto de leyes no tenemos que examinar estrictamente el mandato constitucional de taxatividad, pues el nivel de regulación que lo satisface, si no está en la ley, puede ubicarse válidamente en normas de rango infralegal que escapan a nuestro enjuiciamiento. Por eso el grado de predeterminación que podemos exigirle a la ley reguladora de infracciones administrativas en el contexto de estos procesos es sólo el impuesto por la garantía formal del principio de legalidad (que se circunscribe a la previsión de los elementos esenciales de la conducta antijurídica o definición básica de la conducta prohibida). Ello es así, salvo que la propia ley no haya previsto el desarrollo reglamentario y sin perjuicio de que, según hemos declarado, la ley puede llegar a vulnerar, ‘más allá de la dimensión estrictamente formal del principio de legalidad sancionadora, la dimensión material’, cuando el modo en que articula las remisiones reglamentarias dificulta especialmente ‘el conocimiento de lo prohibido’, pues esto ‘permite afirmar ya desde la norma de remisión que no queda salvaguardado suficientemente el valor de la seguridad jurídica al que sirve, entre otros, la proclamación del art. 25.1 CE (STC 97/2009)».

Pero esto último no ocurre en el caso enjuiciado. En consecuencia, se desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

B) Las normas sancionadoras de las federaciones deportivas no requieren de publicidad en periódicos oficiales

La Federación Española de Caza sanciona a D. Alonso con la inhabilitación de sus derechos federativos durante cinco años por dos infracciones muy graves tipificadas en el Reglamento Jurisdiccional y Disciplinario de la citada Federación. Alegada por D. Alonso, entre otros extremos, la falta de publicación en periódico oficial alguno de la norma sancionadora aplicada, la **STS de 24 de julio de 2012**, Sección Cuarta (recurso de casación núm. 834/2010), rechaza tales objeciones sobre la base de que, dada la naturaleza jurídica coprivada de la Federación, tal forma de publicación es innecesaria:

«Efectivamente, las federaciones no son asociaciones en las que sea obligatorio inscribirse ni federarse es necesario para la práctica del deporte... Se inscriben en las federaciones los deportistas que quieran participar en competiciones oficiales. Por tanto, es una decisión voluntaria la de integrarse en las mismas y quien decide libremente formar parte de una asociación privada en la que no está obligado a entrar, lo hace conociendo sus reglas y aceptando someterse a ellas. Esta circunstancia marca una diferencia esencial para lo que estamos tratando. Así es porque hablamos, no de normas disciplinarias dirigidas a la generalidad de los ciudadanos ni a quienes se hallan en una determinada situación de sujeción que les viene impuesta por el ordenamiento jurídico al margen de su voluntad, sino de normas que tienen por destinatarios a quienes libremente han querido federarse... Normas, en definitiva, que se integran en el acervo de reglas que rige en la federación y que, quienes quieren entrar en ella, asumen en el momento de su incorporación. De ahí que sea innecesaria la publicación en un diario oficial de estos reglamentos para que puedan ser aplicados válidamente, que es la razón por la que el legislador no la ha exigido. En otras palabras, ... de igual modo que hay disposiciones que no es necesario publicar en el Boletín Oficial del Estado para que cobren eficacia sino que basta con se incluyan en otro diario oficial de ámbito territorial más restringido, cuando se trata de asociaciones privadas de carácter voluntario puede ser suficiente la previsión de la inscripción de los reglamentos que no se olvide parten de las prescripciones legales y estatutarias».

4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) La retroactividad debe aplicarse en cualquier instancia, administrativa o judicial, donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora

La entidad *Saberlotodo Internet, SL*, fue sancionada por infracción muy grave en materia de protección de datos consistente en «la comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas» con multa de 300.506,05 euros. Sin embargo, encontrándose en tramitación el recurso de casación fue aprobada una modificación de la legislación de protección de datos de conformidad con la cual solo se tipifica como infracción muy grave el tratamiento o cesión que afecte a ciertos datos especialmente protegidos (los relativos a la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, los que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual y los relativos a la comisión

de infracciones penales o administrativas) mientras que las demás cesiones que no tenga por objeto esta clase de datos se tipifican como falta grave. Ante este cambio normativo, y dado que los datos comunicados por *Saberlotodo Internet S.L.* fueron los del domicilio, provincia de nacimiento, población de nacimiento y fecha de nacimiento, la **Sentencia de 7 de mayo de 2012**, Sección Sexta (recurso de casación núm. 3346/09), recuerda que «el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente dichas normas en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, y que tal aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora». En consecuencia, procede a aplicar retroactivamente el nuevo régimen sancionador, calificando la infracción como grave e imponiendo una sanción de 40.001 euros.

5. ANTIJURIDICIDAD

A) Necesidad de lesión del bien jurídico protegido: admisión de las infracciones de peligro

La antijuridicidad de la infracción debe plasmarse en la lesión de un bien jurídico protegido, no obstante, la dogmática moderna acepta que dicha lesión puede consistir tanto en un daño efectivo de dicho bien como en su mera puesta en peligro. Sin referirse expresamente a esta distinción entre «infracciones de lesión» e «infracciones de peligro», la **STS de 14 de mayo de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación n.º 1220/2010), justifica la antijuridicidad de la infracción consistente en no declarar a las autoridades aduaneras la extracción de territorio nacional de cantidades superiores a los 10.000 euros en metálico en el riesgo que entrañan tales operaciones de ocultar actos de blanqueo de dinero. De conformidad con la sentencia, «en dicho ámbito, no se trata tan sólo de meros incumplimientos de deberes formales a los solos efectos del «control de cambios» sino de conductas cuya impunidad, aun en la hipótesis de que no resultaran en sí mismas castigables penalmente, perjudicaría las labores administrativas de prevención del blanqueo de capitales procedentes de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva».

B) Ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión por los jueces

Una magistrada es sancionada con una advertencia por falta de desconsideración con iguales o inferiores en el orden jerárquico, a raíz de los comentarios críticos vertidos en varios medios de comunicación en relación con la actuación del juez instructor del «caso Millet». Frente a la posible existencia de una causa de justificación de su conducta en el ejercicio legítimo de su derecho a la libertad de expresión, la **STS de 10 de abril de 2002**, Sección Séptima (recurso contencioso-administrativo n.º 518/2011), señala que «la posición del Juez en relación con el ejercicio jurisdiccional de los otros jueces no es la de un simple ciudadano, sino que aquel se integra voluntariamente en una relación de sujeción especial, que tiene como consecuencia la exigencia de deberes especiales, entre ellos, el de respeto a los otros miembros del Poder Judicial, y de unos tipos san-

cionadores, establecidos por la LOPJ, que limitan su derecho a la libertad de expresión, respecto a la que tendrían como simples ciudadanos». Sentado lo anterior, considera que las frases pronunciadas por la sancionada «suponen una desconsideración con la labor de un compañero, del que se dice que nos tiene acostumbrados a tramitaciones lentas, al que se le imputa una deficiente instrucción, en tanto se dice que no ha tomado las medidas cautelares necesarias para evitar la sustracción de pruebas, o que no cumple con el deber de impulsar la investigación, no admitiendo las pruebas solicitadas por el Fiscal, y citando a declarar sólo a quienes se autoinculpan. Todo ello, teniendo en cuenta que la tramitación de la instrucción es secreta para quienes no forman parte del procedimiento y que en consecuencia las manifestaciones que son objeto de sanción no se hacen para expresar una divergencia jurídica con una resolución judicial, lo que sería legítimo, sino para sumarse a lo que parece ser una crítica general de los medios de comunicación acerca de la forma en que el Juez Instructor llevaba a cabo la instrucción». En consecuencia, confirma la sanción impuesta.

6. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) **No es competente para sancionar la Comunidad Autónoma en la que se descubre una infracción de tráfico realizada fuera de su territorio y por entidad sin domicilio en ella**

La Generalidad Valenciana impuso multa de 1.501 euros por infracción grave de tráfico consistente en «minoración superior al 20% e inferior o igual al 50% en los periodos de descanso obligatorio» a la entidad *Transportes Frigoríficos Campos, SL*. La tramitación del expediente traía causa de la denuncia presentada por la Guardia Civil de Tráfico con motivo de un control de los discos tacógrafos del camión, realizado en el territorio de la Comunidad Valenciana. No obstante, la conducta infractora había tenido lugar, casi un mes antes de la denuncia, en carreteras correspondientes a territorios distintos de los de la Comunidad Valenciana. Asimismo, la empresa sancionada tampoco tenía su domicilio en territorio de esta Comunidad. Cuestionada la competencia de la Comunidad Valenciana para imponer la sanción descrita, la **STS de 17 de abril de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación en interés de la Ley n.º 2626/2011), aclara que «admitir la competencia sancionadora de una Comunidad Autónoma por la mera circunstancia de que en ella se hubiera producido una «denuncia» sobre hechos respecto de los cuales no se hubiera incoado un expediente sancionador en otra Comunidad Autónoma significaría tanto como desconocer que las facultades sancionadoras delegadas en las Comunidades Autónomas por virtud del artículo 10.1 de la Ley Orgánica 5/1987 solo pueden recaer sobre las infracciones que, en la prestación de los servicios de transporte por carretera, «se produzcan» dentro de su ámbito territorial. Es, pues, la comisión de la infracción en un territorio determinado, y no el lugar donde se haya denunciado aquella, el factor o criterio clave que define la competencia sancionadora. (...) Si la denuncia se refiere a una infracción que, precisamente por su falta de conexión territorial, queda fuera de la competencia sancionadora de la Comunidad Autónoma ante la que se haya denunciado, esta última puede y debe acudir a los mecanismos de colaboración interadministrativa correspondientes a fin de evitar la impunidad de la conducta».

7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Los defectos formales tienen relevancia invalidante si originan indefensión material

Un cabo del Ejército del Aire es sancionado con la suspensión de empleo por nueve meses como resultado de la comisión de una infracción disciplinaria. En la tramitación del procedimiento se produjeron, sin embargo, ciertas irregularidades. Entre ellas, la más importante fue que el cabo sancionado fue llamado, primero, a declarar en el expediente y solo posteriormente se le notificó la orden de iniciación del expediente y la lectura de sus derechos, trámites que tuvieron lugar ante el órgano instructor el mismo día y con una hora de diferencia. La **STS de 26 de abril de 2012**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar ordinario n.º 204/128/2011), considera indubitado que al cabo sancionado «se le tomó declaración sin previa notificación del inicio del expediente y sin haberle dado opción de ser asistido de letrado o de militar que pudiera designar al efecto de recibir asesoramiento y de otros derechos que conforman el legítimo ejercicio del derecho a defenderse, como la posibilidad de poder recusar al Instructor y Secretario y la de obtener copia del procedimiento». Asimismo, la sentencia recuerda que «para apreciar la concurrencia de indefensión con relevancia constitucional no es suficiente una vulneración meramente formal, sino que resulta imprescindible que de esa infracción se produzca un efecto material de indefensión, con el subsiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (...) Y no cabe duda que la declaración prestada en estas condiciones tuvo trascendencia en la Resolución del expediente», por lo que concluye que «no se trata de una mera irregularidad intrascendente, por el contrario, la actuación de la instructora supuso que una de las garantías del procedimiento sancionador, el derecho de defensa, fue quebrado viciando de nulidad la resolución ahora impugnada».

B) Derecho a la asistencia letrada y necesidad de indefensión material

Tras la iniciación de un expediente disciplinario contra un guardia civil, el instructor del expediente lo citó para tomarle declaración, lo que se le notificó tres días antes de la fecha en que dicha declaración debía tener lugar, indicándole también que en la misma fecha se le tomaría asimismo declaración a dos testigos que se identificaban y recordándole que podía asistir a las tres declaraciones asistido de su abogado. Al día siguiente de recibir la notificación, el encartado se personó solicitando que se pospusiera su declaración a un día posterior por haberle dicho su abogado que no podría asistir al tener otras obligaciones previas e inexcusables. El instructor se negó a retrasar la declaración argumentando que su agenda se lo impedía y recordando que la asistencia del letrado no era obligatoria. Como consecuencia, las tres declaraciones se tomaron sin que el guardia civil pudiera contar con la asistencia de su abogado. Alegada la posible vulneración del derecho a la asistencia letrada, la **STS de 13 de abril de 2012**, Sala de lo Militar (recurso de casación n.º 201/129/2011) considera que se trataría, a lo sumo, de una irregularidad no invalidante, dado que «no se ha acreditado que se hubiera producido perjuicio alguno al interesado como consecuencia de la falta de intervención de abogado en su declaración, pues es lo cierto que al realizar esta se limitó a utilizar su derecho a no declarar y luego ha tenido ocasión de exponer a lo largo del expediente —y muy especialmente a la hora de formu-

lar alegaciones al pliego de cargos y a la propuesta de resolución— todo aquello que a su derecho convino».

8. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) El derecho fundamental a la prueba no es absoluto ni ilimitado sino de configuración legal. Su contenido esencial es la admisión y práctica con las debidas garantías de la prueba que, propuesta en tiempo y forma, resulte pertinente

La entidad *Sniace, SA*, fue sancionada con multa de 300.506,06 euros por una infracción en materia de aguas consistente en la realización de vertidos sin autorización. La sancionada impugna la multa impuesta alegando la vulneración de su derecho a la prueba durante la tramitación del procedimiento sancionador. En concreto, alega que el órgano instructor denegó, en la propuesta de resolución, su propuesta de prueba referida al análisis contradictorio de las tomas de muestras llevadas a cabo por la Confederación Hidrográfica el 27 de julio de 2006. Los motivos que llevaron al órgano instructor a denegar la prueba fueron que los hechos por los que se instruía el caso se circunscribían a los vertidos realizados sin autorización en el periodo comprendido entre el 5 y el 26 de julio, por lo que las muestras tomadas el día 27 de julio quedaban fuera del objeto del procedimiento. A la vista de esta situación, la **STS de 12 de abril de 2012**, Sección Quinta (recurso de casación núm. 5149/2009), confirma la sanción, razonando que «la prueba propuesta en vía administrativa no era pertinente». Del mismo modo, considera una mera irregularidad no invalidante que la denegación de la práctica de la prueba se produjera en la propuesta de resolución, «lo relevante es que se esgrimieron las razones que motivaron dicha denegación, que pudieron ser así conocidas por la recurrente e impugnarlas mediante el correspondiente recurso».

En sentido similar, y en relación con la denegación de práctica de pruebas propuestas por un magistrado sancionado disciplinariamente, la **STS de 11 de mayo de 2012**, Sección Séptima (recurso contencioso-administrativo núm. 2/485/2011), estima que «el hecho de que no se haya practicado la prueba propuesta y admitida en el expediente disciplinario no ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, al no tener incidencia en los hechos que se le imputan al recurrente, y no variar la calificación de la conducta imputada».

B) La potencial incidencia favorable de la prueba indebidamente omitida en la estimación de la pretensión del sancionado como requisito para la lesión del derecho a la prueba

A la entidad *Estructuras Marcos, S.A.*, se la sancionó por el impuesto sobre sociedades, en concreto, por enmascarar el importe de la facturación realizada y emitir facturas falsas. Alega en casación que la sentencia de instancia le lesionó su derecho a la prueba pues solicitó seis testificales, en virtud de las que pretendía acreditar la existencia de determinadas operaciones de venta, su origen, y la identidad de las mercancías vendidas y de los servicios prestados, y les fueron denegadas por impertinentes sin motivación suficiente «al no considerarse necesarias, sin perjuicio de en su caso poder ser acordada(s) como diligencia final, en vista del resultado del resto de las pruebas». Pero también fueron rechazadas como diligencia final con los mismos argumentos. Al respecto, la **STS de 25 de junio de**

2012, Sección Segunda, recurso de casación núm. 549/2009, recuerda la doctrina constitucional sobre el derecho a la prueba (STC 86/2008) y explica que el requisito de que la prueba omitida o mal practicada sea relevante, que es imprescindible para la producción de indefensión material, «se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y práctica de la prueba objeto de la controversia *habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones*; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional». Pues bien, después de analizar el supuesto de hecho, la Sala concluye, en contra de lo declarado en la instancia, que «del reconocimiento de la falsedad de algunas facturas (por la entidad recurrente), sin especificar cuáles (la relación total de facturas ocupa más de 25 páginas ...), no deriva de forma ineluctable la inexistencia del material suministrado o de la maquinaria alquilada en el caso de autos, por lo que no está motivada ni se justificaba la denegación, por innecesarias, de las cuatro primeras testificales propuestas por la actora, máxime cuando no tenía otra prueba para tratar de acreditar la realidad de las operaciones facturadas y pagadas». Se estima el recurso y, en aplicación del art. 95.2 c) de la LJ, se ordena reponer las actuaciones al momento en que se denegaron indebidamente las pruebas para que sean practicadas y se continúe después el proceso hasta dictar una nueva sentencia.

En cualquier caso, parece que la necesidad de que la prueba indebidamente denegada pueda tener una consecuencia favorable en orden a la estimación de la pretensión, que es lo que exige esta sentencia en algunos de sus razonamientos para entender vulnerado el derecho fundamental a la prueba, no es lo mismo —es mucho menos riguroso— que el que haya de ser decisiva para obtener una pretensión favorable, que es lo que suele declarar la jurisprudencia con carácter general de una forma mucho más estricta.

C) El análisis antidopaje en laboratorio no estatal ni homologado hace inválida la sanción en materia de disciplina deportiva

La Real Federación Hípica Española impuso una sanción consistente en la descalificación del concurso nacional de saltos celebrado en el Real Club Pineda de Sevilla en 2004, con la devolución de los premios en metálico recibidos y la suspensión de la licencia deportiva del caballo y del jinete por un periodo de nueve meses, todo ello por una infracción muy grave del Reglamento de Disciplina Deportiva al dar positivo el análisis de la muestra de sangre extraída al caballo en sustancias incluidas en la lista de sustancias prohibidas del citado Reglamento. Recurrido el acuerdo sancionador, se alegaba la nulidad del control antidopaje al haberse efectuado el análisis por laboratorio no homologado, concretamente por el laboratorio francés LCH, radicado en el extranjero. El tribunal de instancia consideró la realización del análisis de sangre por laboratorio no homologado como mera irregularidad no invalidante. Sin embargo, no lo estima así la **STS de 24 de julio de 2012**, Sección Cuarta (recurso de casación núm. 5680/2009), para la que el defecto alegado supone la nulidad de las sanciones impuestas:

«la homologación tiene un contenido sustancial esencial para garantizar el correcto tratamiento de las muestras recibidas, los procedimientos de análisis empleados y la fiabilidad

y precisión de los resultados... La Ley del Deporte (at. 58.3) y la Orden de 11 de enero de 1996 (art. 32.1) son tajantes al establecer que los análisis que se realicen en las competiciones oficiales de ámbito estatal, como fue el caso, ‘deberán realizarse en laboratorios estatales u homologados por el Estado’... No puede compartirse la conclusión de la Sala de instancia sobre el carácter de irregularidad procedimental no invalidante. Hemos de encuadrar la decisión tomada en un ámbito específico como es el Derecho administrativo sancionador, donde son esenciales la garantía de seguimiento del procedimiento legal y reglamentariamente establecido, el derecho a utilizar los medios de defensa que resulten procedentes y estén admitidos por el ordenamiento y la presunción de no existencia de responsabilidad mientras no se demuestre lo contrario, derivada del art. 24.2 CE. (1/4). Se le ha declarado responsable sin una prueba de cargo practicada de acuerdo con las normas reguladoras de la materia. Ello hace que la sanción se haya impuesto sin respetar las garantías mínimas y esenciales de todo procedimiento sancionador».

D) Prueba obtenida con posible lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio

La Comisión Nacional de la Competencia sancionó a la entidad *Consenur, S.A.*, y a otras más por establecer un acuerdo para repartirse los clientes públicos del mercado de gestión de residuos sanitarios. En el curso del expediente sancionador se acordó realizar una investigación domiciliaria en la sede social de *Consenur*, en Arganda del Rey. Para entrar en él se obtuvo una autorización judicial. Esa entrada se llevó a cabo el 7 de febrero de 2007 y en su curso se intervino diversa documentación en papel y en CD y DVD. *Consenur* sostuvo que se le sancionó en virtud de datos obtenidos con vulneración de derechos fundamentales. A su entender, se infringió su derecho a la intimidad pues se recogieron datos de naturaleza personal y familiar además de los comerciales, a la inviolabilidad del domicilio, por haberse grabado datos no relacionados con la investigación, y el derecho al secreto de las comunicaciones, así como el secreto a las comunicaciones entre abogado y cliente. Sobre la posible lesión de la inviolabilidad del domicilio, que fue la que planteó más problemas, la **STS de 9 de julio de 2012**, Sección Séptima, recurso de casación núm. 2829/2011, que confirma lo declarado en la instancia, declara que «para *Consenur* ... (se) ha infringido el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio porque no se observaron en el registro las garantías esenciales de proporcionalidad a causa de la omisión absoluta de todo criterio selectivo. ... Según hemos visto, la sentencia descarta que hubiera desproporción en la búsqueda y en la obtención de información durante el registro. Para ello hace suya la argumentación de la resolución recurrida y se apoya, al igual que la Comisión Nacional de la Competencia, en que los ordenadores examinados fueron solamente tres. Parece difícil, en efecto, sostener la tesis del carácter indiscriminado de la búsqueda y de la ausencia de criterios de selección si, al final, la cuestión se reduce al rastreo y copia de archivos de únicamente tres ordenadores. Si, además, no se ha puesto de manifiesto que la Administración se apartara de la autorización judicial o de la Orden de Inspección ni se ha indicado qué concreto documento copiado durante el registro fuera ajeno al ámbito de la investigación, habrá que concluir que no hubo exceso. Es importante señalar que estas últimas consideraciones, ni en la instancia ni ahora deben entenderse en el sentido de que se exige que sea el interesado el que demuestre la legalidad de su conducta. No se trata desde luego de desplazar la carga de la prueba sino de tener presente

un elemento adicional que confirma, no sustituye, al principal: no se siguieron criterios indiscriminados tal como se desprende del ámbito limitado en que se concretó el registro [sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Chemical Iberica]».

E) El contenido de unas conversaciones telefónicas intervenidas en un proceso penal en fase de instrucción no es admisible como prueba en un expediente disciplinario por vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones

En el curso de una investigación penal contra un ciudadano se autorizó la intervención de sus conversaciones telefónicas. Al conocer el contenido de las conversaciones, se descubrieron incidentalmente ciertos indicios de que el Presidente de la Audiencia Provincial podría estar cometiendo varios delitos distintos de los investigados en las diligencias y no relacionados con los hechos que las habían motivado. Ello dio lugar a que el instructor penal acordara incoar un nuevo «ramo separado de investigación». Esta incoación fue puesta también en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, que acabó imponiendo sanción de separación de la Carrera Judicial del Presidente de la Audiencia por considerarlo autor de siete faltas muy graves. El sancionado impugna la sanción impuesta alegando, entre otros razonamiento, que la utilización de las conversaciones fuera del proceso penal en el que se intervinieron, y a cuyo exclusivo fin se autorizó su intervención, constituye una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 CE.

Planteada así la cuestión, la muy extensa **STS de 30 de abril de 2012**, Sección Séptima (recurso contencioso-administrativo n.º 197/2010), comienza por aclarar que «no se trata de si los hechos probados en una sentencia penal, en la que, en su caso, se pueda recoger el relato de unas conversaciones intervenidas en el proceso penal, pueden ser con posterioridad, incluido el referido relato, utilizados en un procedimiento disciplinario, ... De lo que se trata aquí es de si, antes de que la Sentencia penal se haya dictado, y estando aún el proceso penal en fase de instrucción, pueden utilizarse en un procedimiento disciplinario como prueba, ..., las conversaciones intervenidas en el proceso penal en curso (...). Y si esa reclamación y facilitación de tales pruebas por uno y otro instructores (...) vulneran o no el derecho fundamental del art. 18.3 CE «.

Según se deduce de los Antecedente de Hecho de la sentencia, la cuestión resultó muy controvertida en el seno de la Sala. No obstante, la mayoría se decantó finalmente por considerar que las actuaciones descritas suponían una vulneración del art. 18.3 CE y que, consecuentemente, las conversaciones aportadas al expediente constituían una prueba ilícita, lo que determinó la nulidad de la sanción. Para sostener esta postura la Sentencia despliega dos líneas argumentales, ambas basadas en la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado del derecho al secreto de las comunicaciones previsto en el art. 8 CEDH.

En primer lugar, el TEDH ha reconocido la posibilidad de limitar este derecho siempre que así esté expresamente previsto en la ley y que «constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás». Sin embargo, la sentencia constata que «en relación con expedientes disciplinarios ni existe

previsión legal de posible intervención por Auto judicial de las comunicaciones telefónicas, ni la finalidad a que se orientan dichos expedientes puede tener cabida en ninguna de las previsiones referidas en el art. 8 del Convenio. La única previsión legal en nuestro ordenamiento jurídico de intervención de las comunicaciones telefónicas en el ámbito del *ius puniendi* del Estado es la del art. 579.2 de la LECr, y se refiere estrictamente a delitos (...) Fuera de esas concretas previsiones legales y de interpretación constitucional referidas, las conversaciones telefónicas están amparadas por el derecho fundamental del art. 18.3 CE, y por tanto una actuación de los poderes públicos, en concreto de ejercicio de su *ius puniendi* en el orden disciplinario, que utilice dichas conversaciones telefónicas como prueba en el expediente disciplinario vulneran directamente dicho derecho fundamental».

En segundo lugar, la Sentencia destaca que tanto el TEDH como la doctrina del TC dispensan un trato especial al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del tercero respecto del que no se ha acordado en el proceso penal en curso la medida de intervención. En particular, la STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 5, estableció, para un caso similar al ahora enjuiciado, que «en el caso que nos ocupa no existía norma de cobertura específica no sólo por las insuficiencias de regulación ya expuestas, sino porque los recurrentes de amparo no son ni los titulares ni los usuarios habituales de ninguna de las líneas de teléfono intervenidas sino personas con quienes se pusieron en contacto telefónico aquellos cuyas líneas telefónicas estaban intervenidas, siendo dichas conversaciones utilizadas como prueba en el proceso al ser introducidas en el mismo mediante la escucha directa de las cintas en las que se grabaron. Es decir, se afectó su derecho al secreto de sus comunicaciones telefónicas sin que el art. 579 LECrim habilite expresamente dicha injerencia en el derecho de terceros, inicialmente ajenos al proceso penal». A partir de esta doctrina constitucional, la Sentencia razona que, no siendo el Presidente de la Audiencia Provincial expedientado «la persona respecto a la que en el proceso penal se había acordado la intervención de sus comunicaciones telefónicas, sus conversaciones con la persona intervenida estarían a cubierto del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y no podrían ser utilizadas como medio de prueba en su contra en un procedimiento disciplinario». En consecuencia, «si la prueba que el instructor del Expediente disciplinario pretendía extraer del proceso penal en fase de instrucción entraba en colisión con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del expedientado, tal prueba resultaba ilícita e inconstitucional».

F) Valor probatorio de las actas de la inspección. Constituyen un elemento de prueba los hechos que refleje el documento pero no los juicios de valor o calificaciones jurídicas

La Junta de Andalucía sancionó a la entidad *Cadena metropolitana, SL*, por dos infracciones muy graves en materia de telecomunicaciones, consistentes en realizar actividades de radiodifusión sin título habilitante a través de las emisoras «Éxito Radio» y «Radio Marca». La titularidad de «Éxito Radio» se desprendía de distintos elementos de prueba obrantes en el expediente, no obstante, la titularidad de «Radio Marca» se basaba, exclusivamente, en la afirmación contenida en el acta levantada por los inspectores de telecomunicaciones. Recordando una jurisprudencia bien consolidada, especialmente en relación con las actas de la Inspección de Trabajo, la **STS de 11 de mayo de 2012**, Sección Tercera

(recurso de casación núm. 6204/2010) señala que «la presunción de veracidad del artículo 137.3 de la Ley 30/1992 (sic) solo se refiere a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias». De este modo, «la titularidad de esta emisora no es un elemento comprobado directamente por los funcionarios, al contrario de otros que también figuran en el acta relativos a la existencia de los equipos de radiodifusión, su ubicación y las condiciones de la emisión. [Pues] Si bien estos últimos están asistidos de la presunción de veracidad que invoca la Administración recurrente, no lo es así con la asignación de la titularidad, aspecto que, por su naturaleza, no es perceptible materialmente por los mismos medios que utilizaron los inspectores en su actividad técnica, y tampoco consta de dónde fue recabado». Como consecuencia de este razonamiento, se niega la existencia de prueba suficiente para acreditar la titularidad de «Radio Marca» y se confirma la invalidez de la sanción impuesta en relación con esta que ya había declarado la sentencia de instancia.

9. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) La falta de motivación de la culpabilidad impide conocer la acusación y el control jurisdiccional de la sanción

La entidad *Sogecable, S.A.*, fue sancionada con multa en relación con el IVA. La sentencia de instancia anuló la sanción porque en la resolución la Administración tributaria no motivó la culpabilidad del sancionado lo que le impidió saber de qué se le acusaba y al propio tiempo no ha permitido el control jurisdiccional de la actuación administrativa. La Administración General del Estado recurre en casación porque «la motivación, siquiera fuese sucinta, existió y se expresó con la indicación del grado de imputación: a título de simple negligencia, según así lo apreció la Dependencia del Control Tributario y Aduanero, en acuerdo de 14 de febrero de 2006». Pero la **STS de 12 de julio de 2012**, Sección Segunda, recurso de casación núm. 1154/2010, confirma lo declarado por la instancia según la cual «a la vista por tanto del Acuerdo sancionador y de la Resolución del TEAC, no es posible conocer si la negligencia consistió en incluir cuotas a compensar que corresponden a entidades que habían solicitado ya la devolución, como dice el primer Acuerdo, o bien si la conducta negligente consistió en incluir en la declaración cuotas a compensar procedentes de sociedades absorbidas antes de la inscripción en el Registro Mercantil del acuerdo de disolución, como indica la Resolución impugnada. En todo caso, es claro que tales contradicciones y falta de claridad en la motivación impiden a la sociedad recurrente conocer porqué se le sanciona, y al propio tiempo impiden también el control jurisdiccional sobre la actuación administrativa».

A la sentencia impugnada que anuló la sanción se formuló un voto particular según el cual «ha de destacarse que la Administración tributaria ha llevado a cabo en este caso la actividad probatoria necesaria y la constatación de las circunstancias determinantes de la culpabilidad, cuando menos de la actuación negligente de la entidad recurrente, teniendo en cuenta, sobre todo, que la negligencia, como elemento subjetivo de la infracción, ha de ponerse en relación con las características propias del obligado tributario, es decir, con

los medios personales y materiales, tanto en sus aspectos cuantitativos como cualitativos, de que se disponga al tiempo de cometer la infracción; y no puede obviarse que en el presente caso se trata de una gran empresa a la que se le presupone una dotación de medios materiales y personales acorde con su categoría y, por supuesto, del asesoramiento técnico necesario para el correcto cumplimiento de sus obligaciones con el Fisco». Pero, al respecto, la Sección Segunda argumenta que «si es cierto que la razón reseñada en el voto particular de que una intendencia de medios compleja del sujeto pasivo del tributo —como lo es sin duda la de la sociedad sancionadora en este caso— es un dato a considerar, sin embargo no puede ser definitivo y determinante por sí solo para apreciar una culpa a nivel de negligencia como la que se ha imputado en el acto administrativo sancionador objeto de este proceso, como lo acredita el hecho mismo de que la resolución del TEAC objeto del proceso invoca y reproduce hasta tres Consultas de la Dirección General de Tributos evacuadas, respectivamente, en los años 1998, 1999 y 2000, referentes a cuotas del IVA pendientes de compensación procedentes de sociedades absorbidas como elemento que dejaría aflorar la circunstancia de la negligente conducta de la entidad contribuyente, al ser claro y manifiesto el criterio administrativo sobre la cuestión». Y concluye: «resulta que precisamente es este argumento el que se vuelve en contra de la Administración, porque de él se concluye que no ha logrado acreditar una posición de auténtica negligencia por parte de la sociedad sancionadora, cuando es así que para acreditar su insuficiente atención a lo que procedía en derecho y que por eso fue objeto de una regularización, ha acudido a unas Consultas que no se referían a supuestos como el regularizado y después sancionado, lo que en definitiva nos lleva a considerar que la culpabilidad, incluso en su nivel más leve, no ha sido debidamente establecida y que por eso el motivo debe desestimarse».

B) Para motivar la concurrencia de culpabilidad no basta con indicar que no concurre ninguna de las causas excluyentes de la responsabilidad previstas en la Ley

Lo reiteran una vez más, de nuevo con relación a sanciones tributarias, las **SSTS de 28 de junio (dos) y de 2 de julio de 2012**, las tres de la Sección Segunda, recursos de casación núm. 904/2009, 3721/2009 y 4852/2009, que recuerdan que «el principio de presunción de inocencia garantizado en el art. 24.2 CE no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o, dicho de manera más precisa, mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable (...) o la concurrencia de cualquiera de las otras causas excluyentes de la responsabilidad de las recogidas en el art. 77.4 LGT de 1963» (actual art. 179.2 Ley 58/2003).

En el mismo sentido, **STS de 23 de julio de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 1271/10). En el caso, la Administración tributaria impuso a *Domecq Wines España, S.A.*, dos sanciones derivadas de sendas actas de conformidad en las que se regularizó la situación tributaria de la entidad en su condición de sociedad dominante de grupo. La Sección Segunda confirma la sentencia de instancia, que había anulado las sanciones por considerar que la Administración no justificó la culpabilidad que debe concurrir para poder sancionar: «En el presente caso, la Sala de instancia llega a la correcta valoración de los acuerdos sancionadores puesto que, como dijo, no corresponde al obligado tributario

justificar o explicar cuál ha sido la interpretación razonable que ha sustentado su conducta, o como la llevó a cabo, sino que incumbe a la propia Administración que sanciona descartar y comprobar, con la debida motivación, que los criterios hermenéuticos a los que llegó la entidad no estaban justificados ni amparados por la norma aplicada. Como decimos, lo contrario supondría una suerte de inversión de la carga de prueba, inaceptable en nuestro derecho sancionador».

También, **STS de 19 de julio de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 1845/2010). En el supuesto de hecho, la Agencia Tributaria sancionó a *Propiedades Cacerñas, S.L.*, por una infracción en relación con el Impuesto de Sociedades. La Sala Tercera confirma la sentencia del tribunal de instancia declarando la nulidad de la sanción porque la Administración no demuestra la falta de razonabilidad ni la mala fe del administrado al interpretar las normas tributarias aplicables: «Y es que, como ha señalado esta Sala y Sección, ‘no puede fundarse la existencia de infracción en la mera referencia al resultado de la regularización practicada por la Administración tributaria o, como en el caso enjuiciado, en la simple constatación de la falta de un ingreso de la deuda tributaria, porque el mero dejar de ingresar no constituía en la LGT de 1963 ni constituye ahora infracción tributaria, y porque no es posible sancionar por la mera referencia al resultado, sin motivar específicamente de donde se colige la existencia de culpabilidad. Así lo ha puesto de manifiesto también, en términos que no dejan lugar a dudas, el Tribunal Constitucional en la citada STC 164/2005, al señalar que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando ‘se impone la sanción por el mero hecho de no ingresar, pero sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio».

10. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) El principio de proporcionalidad ampara que la sanción pecuniaria sea de tal cuantía que no la haga más beneficiosa al infractor que el cumplimiento de la norma infringida

La Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, prevé, en caso de que concurran ciertas circunstancias agravantes, que la infracción consistente en no declarar a las autoridades aduaneras la extracción de territorio nacional de cantidades superiores a los 10.000 euros en metálico puede ser sancionada con multa de hasta el tanto del importe no declarado. Cuestionada la falta de proporcionalidad de la sanción (y aun tratándose de una previsión contenida en la propia Ley, por lo que no competiría a la justicia ordinaria su enjuiciamiento), la **STS de 14 de mayo de 2012**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 1220/2010), afirma la proporcionalidad de esta previsión legal razonando que «el carácter disuasorio puede justificar que, cuando concurran determinadas circunstancias cualificadas (como es, en el caso que nos ocupa, la falta de acreditación del origen de los fondos) y se trate de cantidades significativas, la sanción económica se eleve hasta el monto de la cantidad intervenida. En otro caso, el infractor se podría ver tentado a realizar una conducta ilícita (la falta de la preceptiva declaración) cuyas consecuencias económicas calcula que podrían ser inferiores a las ganancias o beneficios de ella derivados. El principio de proporcionalidad al que se refiere el artículo 131

de la Ley 30/1992 no puede aplicarse sin tener en cuenta el apartado segundo de aquel precepto, a tenor del cual el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas (...) Las anteriores consideraciones bastan para refrendar que no vulneran el principio general de proporcionalidad las leyes [sic] que, en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales, imponen sanciones administrativas de un importe equivalente al monto de la cantidad intervenida y no declarada, cuando se trate de sumas significativas y concurra alguna de las circunstancias cualificadas a las que ya hemos hecho referencia «.

11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Origina la nulidad de la sanción extemporánea

Así lo declara la **STS de 17 de abril de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 297/2009), que confirma que el plazo máximo para resolver y notificar un procedimiento sancionador tributario es de seis meses, transcurridos los cuales no es posible imponer válidamente una sanción.

12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) La prescripción también determina la imposibilidad de acordar la derivación de responsabilidad subsidiaria a los administradores sobre la deuda tributaria de la sociedad

Lo afirma la **STS de 10 de mayo de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 1099/2010).

13. EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES

A) Suspensión de las tributarias en vía judicial: exigir una garantía para concederla no conlleva presumir la culpabilidad del recurrente y acodarla sin garantía requiere una motivación específica

La Audiencia Nacional concedió la suspensión de una sanción tributaria sin considerar si podía causar o no perjuicios. La Administración General del Estado recurre en casación por posible vulneración del art. 133 LJ. Al respecto, argumenta la **STS de 12 de julio de 2012**, Sección Segunda, recurso de casación núm. 4093/2011, que «la suspensión en vía administrativa se ha de mantener hasta la decisión que se tome en la medida cautelar, sin que en la vía jurisdiccional el órgano correspondiente se vea influenciado por la previa suspensión de carácter legal prevista en la vía administrativa, sino que habrá que valorar cada supuesto concreto ... La suspensión automática de la sanción (tributaria) en vía administrativa es independiente de las medidas cautelares de la Ley Jurisdiccional ... En

efecto, ante la nueva doctrina de la Sala y en los casos en los que el Tribunal, valorando las circunstancias concurrentes, considera que procede la concesión de la suspensión de la sanción, surge la cuestión de la necesidad o no de condicionarla a que el recurrente garantice la misma, toda vez que el art. 133 de la Ley Jurisdiccional señala que «...». Este precepto pone de manifiesto importantes modificaciones respecto de la regulación acogida en el antiguo 124 de la Ley Jurisdiccional de 1956. Según este artículo, el Tribunal que acordaba la suspensión debía exigir, si podían resultar daños o perjuicios para los intereses públicos o de tercero a consecuencia de la adopción de la medida, caución suficiente para responder de aquéllos. Ahora el actual art. 133 dispone que las medidas, garantías o cauciones «podrán acordarse» o «podrán exigirse», lo que supone dejar un amplio margen a la apreciación del órgano jurisdiccional ... En el presente caso, el Tribunal de Instancia ... llegó a la conclusión de que procedía la suspensión de la sanción sin necesidad de prestar garantía, *pues de exigirse ésta, sin que previamente se haya resuelto sobre la conformidad o no a derecho de la infracción que se sanciona, sería tanto como presumir la culpabilidad de la parte demandante con infracción del art. 24.2 de la CE ...* Esta motivación resulta insuficiente para el debido cumplimiento de lo que señala el art. 133 de la Ley Jurisdiccional, pues *la justicia cautelar no es un medio para hacer efectivo el derecho a la presunción de inocencia, pues éste está ligado a la resolución que impone una sanción de modo definitivo, pero no a la fase cautelar en la que no puede resolverse sobre el fondo del asunto ...* Rechazado dicho principio general, lo procedente es en sede judicial aplicar los criterios que ofrece los arts 129 y ss. de la LJ ... Por todo ello, la Sala de instancia debió ponderar las peculiares circunstancias del caso, justificándola suficientemente a efectos de acordar la suspensión. Lo que no hace. Y una vez acordada la suspensión en el legítimo uso de la autorización al Tribunal de la instancia que posibilita el art.º 133 de la LJ., bajo su privativa apreciación, exigir o no caución o garantía suficiente para responder de los perjuicios que pudiera acarrear la medida cautelar. Todo lo cual ha de llevarnos a casar y anular los autos objeto del presente recurso ... procede estimar el recurso de casación interpuesto y anular los Autos recurridos, en cuanto acuerdan la suspensión de la ejecución de la sanción sin garantía, sin ponderar las peculiares circunstancias del caso para determinar si la correcta protección de los intereses jurídicos requería la prestación de caución, máxime cuando no se acreditó la imposibilidad para obtenerla». Se declara la procedencia de la exigencia de garantía que deberá prestarse en el plazo de un mes para que sea efectiva la suspensión decretada.

En el mismo sentido, **SSTS de 9 y 10 de julio de 2012**, ambas de la Sección Segunda, recursos de casación núm. 2702 y 2697/2011, que estiman la casación interpuesta y anulan las sentencias de instancias que razonaron que «la suspensión del pago de una sanción tributaria sin contrapartida de fianza alguna es una garantía que se conecta con el principio de culpabilidad exigible en toda infracción tributaria, y por ello, con el principio de presunción de inocencia ..., presunción que solo con la sentencia judicial queda consolidada, momento en el que y no antes procede la ejecución del acto sancionado». Es llamativo el voto particular que el magistrado Garzón Herrero le formula a la de 10 de julio de 2012, según el cual

«Una vez más me veo obligado a manifestar mi radical discrepancia con una jurisprudencia que nos hunde en situaciones que parecían superadas hace muchos años, casi siglos. Vengo

manifestando de modo constante, aunque episódico, este desacuerdo. Las opiniones y razones que sustentan estas discrepancias las he expresado en mis votos particulares sobre la materia a cuyo contenido me remito. Lo único que me parece novedoso en esta sentencia es que de modo descarnado, y sin atenuación alguna, se asimila la sanción impugnada a un acto administrativo cualquiera. Es decir, después de tantos esfuerzos, para la posición mayoritaria es lo mismo una sanción, que la resolución de un concurso, el otorgamiento de una licencia, una liquidación o un acto expropiatorio. El desprecio en la valoración del acto a suspender, de su naturaleza sancionadora, por encima de su origen, acto proveniente de la Administración, nos sitúa en la Edad de Piedra del Derecho Administrativo. En el Derecho Privado esto sería equivalente a negar la distinción entre el tratamiento derivado de la responsabilidad contractual, y la derivada de los actos ilícitos. Me parece asombroso que se tache de criterios abstractos a la presunción de inocencia, el carácter no esencialmente recaudatorio del acuerdo sancionador, o los breves plazos establecidos en el procedimiento de recaudación para el ingreso de las sumas adeudadas en concepto de sanción. Parece evidente, cuando de sanciones se trata, que estos son los criterios que han de dilucidar la suspensión de las sanciones, porque es ahí, en esas valoraciones y no en otras, donde se dilucida el «interés público» a la hora de enjuiciar la suspensión de las sanciones. Por el contrario, evaluar el «interés público» cuando se enjuicia una suspensión de sanción, como si fuese liquidación, por el hecho de que la sanción finalmente suponga una cantidad a pagar, implica olvidar, desconocer, e ignorar la esencia del acto que se suspende, supeditando esa esencia a meras valoraciones crematísticas, en mi opinión, claramente secundarias, cuando de sanciones se trata».

Igualmente, **SSTS de 21 de junio y 17 de septiembre de 2012**, Sección Segunda, recursos de casación núm. 2434 y 5086/2011. La segunda de ellas añade que: «la suspensión sin garantía de las sanciones transmite, además, la idea de que la actividad sancionadora de la Administración es poco seria y fácil de burlar, y, en el peor de los casos, si al final hay que pagar la sanción y no se consigue dejar de ingresarla ante la falta de aseguramiento, por lo menos sí se ha conseguido el resultado económico de un aplazamiento gratuito lo cual es un estímulo para que se interpongan recursos indiscriminados ante la Administración y luego ante los Tribunales por mera finalidades económicas, lo cual sin duda no es la finalidad establecida por las leyes reguladoras del sistema de recursos». En sentido similar, **STS de 3 de abril de 2012**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 3292/2011).

B) El riesgo de impago de las cuotas de la hipoteca de la vivienda justifica la suspensión de la sanción disciplinaria de separación del servicio

El guardia civil D. Estanislao es sancionado con la separación del servicio por falta muy grave consistente en «desobediencia grave a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que estas constituyan infracción manifiesta del ordenamiento jurídico». Recurrída judicialmente, el sancionado interesa como medida cautelar la suspensión de la sanción, basándose en los perjuicios irreparables o de difícil reparación que la ejecución de la resolución sancionadora le ocasionaría, en esencia, no poder hacer frente a las cuotas del préstamo hipotecario que abona mensualmente por importe de 626,13 euros. Mediante **ATS de 17 de septiembre de 2012**, Sala Quinta (recurso contenciosodisciplinario militar

preferente y sumario núm. 204/114/11), se accede a la petición: «Según hemos sentado en nuestro Auto de 26 de octubre de 2009, en relación a un supuesto semejante, la delicada situación económica en la que la pérdida total de haberes consecuente a la sanción de separación del servicio coloca al hoy recurrente presagia la situación de impago de las cuotas mensuales del crédito hipotecario y la adopción por parte de la entidad bancaria de unas medidas desgraciadamente tan frecuentes en la actualidad que, ‘inevitablemente le producirían irreparables daños en su dignidad y perjuicios económicos que, cuando menos, será difícil reparar pudiendo también resultar irreparables’, y es esta consideración acerca de la, con certeza, muy segura irreparabilidad, dado el contexto socioeconómico que actualmente atraviesa España, del daño y manifestación a un bien esencial desde el punto de vista personal y social, lo que determina a esta Sala a entender, con independencia de cualquier otra consideración, que debe accederse a la suspensión interesada a la vista de la especiales circunstancias concurrentes en el solicitante».

C) Los problemas de liquidez de la entidad local sancionada justifican la suspensión de la multa pero no de las medidas de restablecimiento de la legalidad

El Consejo de Ministros impuso al Ayuntamiento de Alcoy y a la entidad *Luxinder, S.L.*, solidariamente, una sanción de 601.012,10 euros y la obligación de reponer los terrenos a su estado primitivo por la ocupación de un tramo del Barranco Zinc y varios barrancos afluentes sin autorización de la Confederación Hidrográfica del Júcar, en el término municipal de Alcoy (Alicante), mediante la realización de hasta trece obras de paso, así como viales y zonas parcelarias correspondientes a la ejecución de la urbanización Serelles. Recurrida la sanción, el Ayuntamiento de Alcoy pidió la suspensión pues, al no haber consignación en el presupuesto municipal para afrontar el gasto de manera inmediata y, dados los problemas de Tesorería existentes, el citado desembolso acrecentaría los problemas de liquidez, según se explicaba en el informe de la interventora del Ayuntamiento. Por **ATS de 28 de septiembre de 2012**, Sección Quinta (medidas cautelares núm. 431/2012), se accede a dicha petición tan sólo en lo que se refiere a la sanción, no en lo relativo a las medidas de restablecimiento.

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Anulación de la sanción y mantenimiento de otros contenidos de naturaleza no sancionadora

La entidad mercantil *Repsol Petróleo, SA*, fue sancionada con multa de 92. 242,34 euros como autora de una infracción en materia de aguas por la realización de vertidos a un río con una concentración de selenio superior a la autorizada. En el mismo Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se le impuso la sanción se le impuso, además, el deber de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico, así como un requerimiento de cese inmediato de la actividad contaminante. La **STS de 20 de abril de 2012**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo n.º 503/2010), en línea con un buen número de sentencias de las que hemos dado en crónicas anteriores, anula la sanción y la obligación

de indemnización al estar basadas en una Orden ministerial declarada nula. Sin embargo, en el fallo de la sentencia se aclara que «mantenemos las resoluciones sancionadoras en cuanto requieren a la entidad *Repsol Petróleo S.A.* para que cese de forma inmediata los vertidos denunciados y para que cumpla con el condicionado de la autorización de vertidos concedida por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, con la advertencia de ser de su responsabilidad los daños y perjuicios que, por incumplimiento de dicha obligación pueda causar al dominio público hidráulico».

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO M.^a BUENO ARMIJO
MANUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. CAUSA EXPROPRIANDI.
 - A) **Expropiación sistema: la inclusión de bienes a expropiar en un Plan Especial tiene el límite en el artículo 15 de la LEF que autoriza únicamente la expropiación de aquellos bienes que sean indispensables para la finalidad perseguida.**
 3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO.
 - A) **Error en la descripción de la relación de bienes a expropiar. Indefensión en el levantamiento del Acta de ocupación; procedencia de retrotraer el expediente al momento en el que aquélla se causó.**
 - B) **No es correcto entender, con carácter general, que la indemnización por la vía de hecho haya de cifrarse en el 25% del justiprecio, porque apreciada una vía de hecho no existe tal justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien, al no existir, en realidad, una auténtica expropiación forzosa.**
 4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO.
 - A) **La valoración del justiprecio ha de referirse al momento de iniciación del expediente de justiprecio: excepción de esa regla en un caso singular en el que la Administración expropiada altera la calificación del suelo expropiado para presentar posteriormente su hoja de aprecio.**
 5. GARANTÍAS SUSTANCIALES.
 - A) **Legitimación para instar la reversión en supuestos de transmisión de la mercantil que era propietaria originariamente.**
-

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, cerrada a 31 de diciembre de 2012. En el periodo analizado, que cubre los meses de enero a marzo de 2013, el Tribunal Supremo ha dictado algo más de 180 sentencias sobre la materia expropiatoria, de las que destacamos aquí la doctrina más sobresaliente.

2. CAUSA EXPROPRIANDI

A) **Expropiación sistema: la inclusión de bienes a expropiar en un Plan Especial tiene el límite en el artículo 15 de la LEF que autoriza únicamente la expropiación de aquellos bienes que sean indispensables para la finalidad perseguida**

La **STS de 15 de febrero de 2013** (recurso núm. 4178/2009) resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza frente a la Sentencia de de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 11 de junio de 2009 (recurso núm. 349/2005), que estimó el recurso contencioso-administrativo deducido por una Comunidad de Regantes contra el Plan Especial de desarrollo de los sistemas generales de equipamientos deportivos de la mencionada ciudad.

La sentencia de instancia recurrida explica que el Ayuntamiento de Zaragoza, a instancias del Gobierno de Aragón, aprobó el mencionado Plan Especial en un ámbito de propiedad mayoritaria de la Comunidad Autónoma de Aragón, figurando entre los demás propietarios la Comunidad de regantes recurrente con 1.799 m², correspondiente a un tramo de acequia que transcurría por dicho ámbito. El objeto del debate consistía en determinar si la superficie correspondiente al tramo de acequia incluida en el ámbito del Plan Especial debía obtenerse por expropiación, como la de los demás propietarios afectados, según preveía la redacción inicial de la Memoria del Plan Especial (luego matizada tras el trámite de Información pública por la Administración expropiante para dejar fuera de la actuación expropiatoria dicha acequia, que seguiría siendo de propiedad privada de sus titulares) y solicitaba la Comunidad de Regantes en el suplico de su demanda.

La sentencia de instancia fundamentó su fallo estimatorio apreciando que el cambio de redacción de la norma del Plan Especial durante su tramitación se debió a las conversaciones entre el Gobierno de Aragón, beneficiario de la posible expropiación, y la Comunidad de Regantes, en la creencia errónea de que ésta no deseaba perder la titularidad de los terrenos, sin que la Administración Autonómica beneficiaria se opusiese a dicha expropiación. Asimismo argumentaba que el Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza incluía el tramo de acequia como sistema general sin prever la exclusión de los terrenos ocupados por la acequia; y que el Plan Especial no estableció ningún sistema de actuación para su gestión sino que resolvió ejecutar directamente las obras de urbanización, permitiendo la legislación urbanística aragonesa la expropiación como sistema, por defecto, para la obtención del suelo destinado a sistemas generales. En la prueba pericial practicada se apreció que no existía impedimento legal ni técnico para que los terrenos que ocupan el cauce de la acequia pudiesen llegar a ser expropiados, con independencia de que deba mantenerse el servicio o suministro. Por todo ello, la Sala de instancia no encuentra ninguna razón para excluir de la obtención por expropiación los terrenos de la Comunidad de Regantes, tal y como estos demandaban.

En el recurso de casación, el Ayuntamiento de Zaragoza alegaba, en esencia, que la mera posibilidad de expropiar no equivale a la obligación de hacerlo por parte de la Administración expropiante cuando no consta la utilidad pública o interés social de la concreta expropiación ya que el Plan Especial mantiene el uso y función actuales de la acequia y la implantación de la dotación —equipamiento deportivo— no requiere operaciones de

redistribución de los terrenos, ni afecta, modifica o altera el trazado y configuración de la expresada acequia.

La respuesta a las cuestiones planteadas por el motivo casacional invocado conduce al Tribunal Supremo a analizar previamente la finalidad del Plan Especial impugnado en instancia y el uso que dicho Plan reservaba a los terrenos ocupados por la acequia. Así, entre otras cuestiones, subraya el Tribunal Supremo que la asignación de usos pormenorizados y delimitación de zonas que hace el Plan se indica expresamente, en relación a la acequia en cuestión, que *«aunque la ordenación propuesta no modifica el trazado actual, podrá ser modificado el trazado, y sus características técnicas mediante acuerdo libre entre los propietarios de la CAD y la Comunidad de Regantes titular del dominio sobre la acequia. No genera cargas ni beneficios respecto al aprovechamiento, al mantener íntegramente su uso y disposición actuales»*. Y en relación con la gestión, el citado Plan indica que *«no siendo precisa la fijación de un sistema de gestión, las obras de urbanización se ejecutarán directamente. Ello no obstante la obtención de los suelos de propietarios distintos de la Diputación General de Aragón deberán obtenerse mediante expropiación por el Ayuntamiento de Zaragoza, siendo beneficiario de la misma la mencionada Diputación General de Aragón, no quedando afectada por este procedimiento la comunidad de regantes quienes mantienen su titularidad de dominio sobre la acequia (...), puesto que el actual trazado de la acequia no afecta a la ordenación. Para salvar la acequia en distintos puntos se dispondrán pasarelas peatonales que no implicarán imposición de servidumbre»*.

El tenor del apartado que acaba de transcribirse era distinto al aprobado inicialmente, en el que se decía que *«(...) la obtención de los suelos de propietarios distintos de la DGA deberán obtenerse mediante expropiación por el Ayuntamiento de Zaragoza, siendo beneficiaria de la misma la mencionada Diputación General de Aragón»*.

En vistas de estos antecedentes, el Tribunal Supremo concluye que el Plan Especial no prevé en su redacción final la expropiación de los terrenos por los que discurre la acequia ya que el suelo que ésta ocupa no resulta necesario para el adecuado desarrollo del sistema general, manteniendo su uso y destino originario.

Partiendo de la anterior premisa, el tribunal Supremo examina a continuación la naturaleza de la expropiación demandada en este caso por razones urbanísticas, con el objeto de determinar si resultaba conforme a Derecho la redacción finalmente aprobada del Plan Especial que excluía de la expropiación el suelo de la Comunidad de Regantes ocupado por la acequia.

En este punto, el Tribunal Supremo recuerda que

«La expropiación por razón de urbanismo «podrá» aplicarse para el cumplimiento de las finalidades previstas en la legislación urbanística (artículo 34 de la Ley 6/1998 sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, aplicable al caso que examinamos) finalidades que hoy establecen los ordenamientos urbanísticos autonómicos. Teniendo en cuenta que a los planes urbanísticos y los instrumentos de delimitación de ámbitos de gestión a desarrollar por expropiación, se les reconoce eficacia legitimadora de la expropiación (artículo 33 de la Ley 6/1998), su aprobación implicará «la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios correspondientes, a los fines de expropiación o imposición de servidumbres». Ahora bien, la utilización del instituto expropiatorio para la ejecución del planeamiento, debe aplicarse en los casos de bienes

y derechos que merezcan ser expropiados, es decir la expropiación urbanística exige, al menos, que la concreta actuación urbanística «justifique» la expropiación y así se explique en el documento que se apruebe».

Por otra parte, el citado artículo 33 de la Ley /1998

«no impone como sistema de actuación el de expropiación sino que se limita a disponer que cuando la ordenación urbanística y sus ámbitos de gestión se desarrollen por expropiación, la aprobación de los planes de ordenación y de las delimitaciones de ámbitos de gestión implicará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios correspondientes a los fines de expropiación o imposición de servidumbres. Y también se señala en relación al artículo 34 de la misma ley que (...) no regula la facultad de la Administración urbanística de delimitar los ámbitos de gestión y su ejecución sistemática a través de la expropiación, limitando su alcance a establecer la posibilidad de aplicar la expropiación a las finalidades que contemple la legislación urbanística (autonómica), y, además, habilitar la potestad expropiatoria por incumplimiento de la función social de la propiedad».

En relación a lo anterior, la Sentencia de instancia citaba diversos preceptos de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, de Urbanismo de Aragón en los que se posibilita el uso de la técnica expropiatoria para la obtención de los terrenos con destino a sistemas generales, que según hemos visto era el mecanismo utilizado por el Plan Especial. Pero el Tribunal Supremo modula el alcance de esos preceptos recordando que *«la sentencia recurrida no tiene en consideración que el ejercicio de la potestad expropiatoria se encuentra limitado a los casos en los que los bienes y derechos que se pretenden expropiar sean indispensables para el fin de la expropiación (artículo 15 de la LEF)».*

En razón de ello, el Tribunal Supremo recuerda que el Plan Especial mantiene el uso y estado actual de la acequia, de modo que la expropiación de los terrenos por los que discurre no es necesaria para el cumplimiento de los fines que persigue el Plan Especial, consistente en obtener suelo para la ejecución de la dotación pública deportiva. Asimismo, la Comunidad de Regantes no demostró en el recurso contencioso-administrativo en qué medida la exclusión de sus terrenos de la cláusula de expropiación del Plan Especial impedía a la Administración el cumplimiento de los fines de utilidad pública o interés social perseguidos. Ni tampoco acreditó en qué medida la permanencia del uso y servicio de la acequia se podía ver afectada por la actuación pública, para justificar la necesidad de que el Plan Especial contemple la expropiación de su propiedad y poder compensar de esta forma un hipotético detrimento patrimonial.

En este orden de cosas, el Tribunal Supremo subraya que hecho de que la Administración autonómica beneficiaria de la expropiación se hubiera equivocado inicialmente en la interpretación de la voluntad de la Comunidad de Regantes y mostrase después su conformidad a volver a la redacción original del Plan, en la que se establecía la obtención de todos los suelos de propietarios distintos de la Diputación General de Aragón mediante expropiación no resulta suficiente para justificar la expropiación de los terrenos, pues corresponde a la Administración expropiante (Ayuntamiento de Zaragoza) materializar la expropiación prevista por el instrumento de planeamiento mediante la correcta aplica-

ción de los preceptos legales en el ejercicio de su potestad *«entre los que se encuentra la necesidad de ocupar únicamente aquellos bienes que sean indispensables para el fin de la expropiación (artículos 15 y 17 de la LEF)»*.

Finalmente, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto pro el Ayuntamiento expropiante afirmando que

«aún en el supuesto de que se hubiera mantenido la redacción inicial del (...) Plan Especial, que no excluía el suelo de la Comunidad de Regantes a efectos expropiatorios y recogía la obligación de expropiar todos los suelos de propietarios distintos de la Diputación General utilizando la fórmula «deberán», los terrenos de la acequia únicamente podrían formar parte de la relación de bienes afectados por la expropiación, si hubieran resultado necesarios para atender a las finalidades del Plan Especial.

Y ello es así porque el ejercicio de la potestad expropiatoria conlleva la transmisión imperativa de un derecho en aquellos casos en los que existe una colisión entre el interés público y el interés privado y encuentra los límites de su ejercicio en la norma legal que autoriza únicamente la expropiación de aquellos bienes que sean indispensables para la finalidad perseguida (artículo 15 de la Ley de Expropiación Forzosa). Finalidad que en el caso que analizamos se identifica con la del Plan Especial. Como se indica en el artículo 29.2 de actual Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, la aprobación de los instrumentos de planeamiento conllevará la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes, cuando dichos instrumentos «habiliten» para su ejecución y ésta «deba» producirse por expropiación».

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) **Error en la descripción de la relación de bienes a expropiar. Indefensión en el levantamiento del Acta de ocupación; procedencia de retrotraer el expediente al momento en el que aquella se causó**

La STS de 28 de febrero de 2013 (recurso núm. 1955/2010) estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 28 de enero de 2010 (recurso núm. 467/2008) que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la propietaria de un terreno afectado por una expropiación contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria que inadmitió a trámite la reclamación de nulidad de actuaciones del procedimiento de expropiación forzosa correspondiente al proyecto de ejecución de la línea de transporte de energía eléctrica de Penagos (Cantabria) a Gúeñes (Vizcaya).

La recurrente en casación considera que la sentencia de instancia infringió los arts. 24 de la CE, 107 de la LRJPAC y 46 de la LJCA, así como de la jurisprudencia que cita, por que incurrió en un error patente al considerar que el acto del levantamiento de las actas previas de ocupación fue un acto consentido y firme, desconociendo las impugnaciones realizadas por la recurrente en el mismo acto de levantamiento de actas previas de ocupación y en escritos posteriores. Impugnaciones que, a su juicio, deben ser calificadas como recursos de alzada contra actos de trámite, al amparo del art. 107.1 de la ley 30/1992, y

que no fueron resueltos de forma expresa hasta que se dictó la Resolución recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para resolver este motivo de casación, el Tribunal Supremo tiene en cuenta los pasos seguidos en la tramitación del procedimiento expropiatorio, con especial incidencia en la pretendida nulidad de actuaciones instada y que pueden resumirse como sigue:

Red Eléctrica de España SA presentó en la Delegación del Gobierno en Cantabria y en la Subdelegación del Gobierno en Vizcaya la declaración de utilidad pública y la aprobación del «proyecto de ejecución de la línea eléctrica aérea a 400 KV, doble circuito, Penagos-Güeñes en las provincias de Cantabria y Vizcaya». Proyecto que se sometió a información pública, presentándose alegaciones por particulares, Asociaciones y algunos Ayuntamientos. El proyecto fue sometido a al procedimiento de evaluación que declaró su viabilidad. Posteriormente, la línea eléctrica proyectada fue autorizada por resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio en agosto de 2006. Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de mayo de 2007 (BOE de 4 de julio de 2007), se declaró de utilidad pública y urgente ocupación y se aprobó el proyecto presentado por Red Eléctrica de España SA.

Tras ello, la Delegación del Gobierno de Cantabria convocó a los interesados al levantamiento de las actas previas de ocupación, convocatoria que se publicó en el BOE de 20 de septiembre de 2007, acompañándolo de una relación de bienes y derechos afectados en la que figuraba la finca de la recurrente, afectada por una determinada longitud y servidumbre de vuelo. En el levantamiento del Acta previa de ocupación, que tuvo lugar el 13 de noviembre de 2007 el representante de la beneficiaria de la expropiación «Red Eléctrica Española SA» manifestó que se había cometido un error material consistente en hacer constar 0 metros de vuelo lineal sobre la finca cuando en realidad eran 110 metros lineales de vuelo, aunque los metros cuadrados afectados por la servidumbre (6788 m²) era la misma. En dicha Acta la recurrente se opuso al cambio operado en el vuelo lineal sobre la finca, aportando escrito de alegaciones que se unió al acta, considerando que era un cambio esencial en la servidumbre de vuelo que afectaba al propio trazado de la línea eléctrica sobre su finca que no aparecía recogido en las memorias e informes que sustentaban dicho proyecto y que *«no solo determina la incorrección del objeto de la servidumbre, sino que afecta también al importe del justiprecio»* solicitando la retroacción del expediente al momento de determinación de los derechos afectados y subsidiariamente a la reducción del alcance de la superficie de la servidumbre prevista.

La Administración no resolvió esta solicitud y por resolución de la Delegación de la Delegación del Gobierno de Cantabria se le requirió a la propietaria afectada para que presentase hoja de aprecio. La recurrente en un nuevo escrito de alegaciones, presentado en enero de 2008, volvió a solicitar la nulidad del acta previa de ocupación por el cambio operado y subsidiariamente solicitó un cambio en el trazado del tendido de la línea eléctrica que evitase su paso por la finca, oponiéndose asimismo al justiprecio.

La Administración continuó con el justiprecio de los bienes y solicitó hoja de aprecio a la beneficiaria de la expropiación, lo que motivo un nuevo escrito de la recurrente, de marzo de 2008, solicitando la resolución expresa de las solicitudes formuladas anteriormente y volviendo a instar la nulidad de todas las actuaciones practicadas retro trayendo el expediente hasta e trámite de información pública.

Finalmente la Administración, mediante la Resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria antes citada, inadmitió a trámite la solicitud de nulidad de actuaciones considerando que no era impugnabile.

Así pues, el cambio operado en relación con el vuelo lineal sobre la finca de la recurrente, que pasó de 0 metros a 110 metros de vuelo lineal sobre la finca, se manifestó, por vez primera, en el Acta de ocupación. Y en ese mismo acto la propietaria afectada se opuso al cambio operado, considerando que no se trataba de un mero error material sino en un cambio de trazado del tendido eléctrico sobre su finca respecto al contemplado en el proyecto aprobado por la Dirección General de Industria. También manifestó en el Acta previa a la ocupación que la irregularidad era esencial, por lo que solicitó —como se ha dicho— la retroacción del expediente al momento de determinación de los derechos afectados y de su alcance. Como se deduce del *iter* posterior, Esta petición no recibió respuesta por la Administración —que continuó con el procedimiento expropiatorio— hasta la Resolución impugnada en instancia, que la inadmitió a trámite sin entrar a conocer el fondo por estimar que el acta previa de ocupación es un acto de mera ejecución de la resolución por la que se le convocaba al levantamiento de las actas previas de ocupación, resolución que al no haber sido recurrida en su día había quedado firme, y también por considerar que el acta previa de ocupación no era recurrible, de conformidad con la Ley 30/1992, por no poner fin a la vía administrativa.

Esta tesis fue bendecida por el Tribunal *a quo*. Frente a ello, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación por este motivo porque ni el acta previa de ocupación es mero acto de ejecución de la convocatoria, ni podría considerarse que, en este caso, el acta de ocupación era un acto de trámite no recurrible al amparo del artículo 107.1 de la LRJPAC. Por su interés, merece la pena reproducir el fundamento que emplea el Tribunal Supremo para llegar a esta conclusión y estimar el recurso:

«Conviene aclarar respecto a este último extremo que si bien este Tribunal en su reciente sentencia de la Sección 6.ª de 18 de diciembre de 2012 (recurso núm. 1544/2010), en relación a un al proyecto expropiatorio de una línea eléctrica y basándose en otra Sentencia de esta misma Sala y Sección de 8 de febrero de 2005 (recurso núm. 6997/2000), ha descartado que el acta previa de ocupación sea el momento procedimental apropiado para que los interesados puedan realizar las alegaciones al proyecto de tendido eléctrico y la ilegalidad de su trazado, al entender que «El acta previa a la ocupación cumple con un fin esencial, como es el de constatar el estado físico y jurídico de los bienes y derechos afectados por la decisión administrativa de expropiar que se plasma en el expediente expropiatorio, para, tomando en consideración los datos que configuran la realidad del bien que se expropia, extraer de ahí las oportunas consecuencias en orden a que como expone la regla 3.ª del art. 52 de la Ley, se describa el bien o derecho expropiable y se hagan constar todas las manifestaciones y datos que aporten quienes intervienen en el expediente y que sean útiles para determinar los derechos afectados, sus titulares, el valor de aquéllos y los perjuicios determinantes de la rápida ocupación. Por tanto el contenido de la Regla 2.ª del art. 52 de la LEF no contiene una determinación que concluya el expediente expropiatorio, o alguna de sus piezas separadas, para permitir de ese modo el acceso al proceso contencioso administrativo, sino que lejos de ello no supone más que un acuerdo o acto de mero trámite, que no decide directa ni indirectamente el fondo del asunto, ni pone término a la actuación administrativa, ni hace imposible o suspende su

continuación, por lo que no encaja en la categoría de acto de trámite que decide directa o indirectamente el fondo del asunto, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, o produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos de quien lo soporta como exige el art. 107.1 de la Ley 30/1992 (...).

Tales consideraciones y la doctrina que de esta sentencia dimana no resultan de aplicación al supuesto que nos ocupa. En primer lugar, porque en dicha sentencia se parte de la coincidencia entre el proyecto expropiatorio sometido a información pública y los bienes y cargas descritos en el acta de ocupación; y en segundo lugar, porque la parte en aquel supuesto y aprovechando el acta previa de ocupación pretendía impugnar el proyecto técnico y el trazado en él descrito. Por el contrario, en el supuesto que nos ocupa es precisamente la discordancia entre la afección descrita en el proyecto técnico y la manifestada en el acta previa de ocupación la que motiva su queja y, por otra parte, la parte no pretende impugnar el proyecto técnico o su trazado sometido a información pública, sino precisamente lo contrario, esto es, combatir la que, a su juicio, constituye una modificación sobrevenida en las cargas y afecciones sobre su finca no descritas en aquel.

Es por ello que, con independencia de si esta modificación puede considerarse o no un mero error material y si este vuelo lineal de 110 metros estaba implícito en la servidumbre de afección que en él se describía y ahora se mantiene, cuestiones estas que constituyen el fondo de su alegación. Lo cierto es que esta rectificación o cambio se puso en conocimiento del afectado en el acta previa de ocupación y hasta ese momento la parte no pudo alegar su disconformidad ni proponer un trazado alternativo. Y fue en el acta previa de ocupación cuando manifestó su disconformidad que reiteró en escritos posteriores. Ello determina que su queja no puede ser considerada extemporánea ni el acta de ocupación, en este caso concreto, como un mero acto de trámite no impugnabile, pues era el primer momento en el que pudo manifestar su discrepancia con lo que consideraba nuevas cargas o afecciones añadidas y, en su caso proponer otras posibilidades alternativas y de no hacerlo en ese momento le estaría vedada la posibilidad de plantearlo en las sucesivas fases del procedimiento expropiatorio destinadas a fijar el justiprecio de los bienes ocupados y las cargas impuestas.

De modo que la resolución administrativa que inadmitió su reclamación sin entrar a considerar el fondo de la misma se basaba en una errónea interpretación del artículo 107.1 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia para ese caso concreto, que le generó indefensión.

Esta misma conclusión se obtiene de la respuesta ofrecida por la sentencia que confirmó la resolución administrativa que inadmitía su solicitud, basándose en que la parte no reaccionó a tiempo contra el acta de ocupación, dejando que ganase firmeza, para aprovechar un acto de trámite posterior (el requerimiento para la presentación de la hoja de aprecio) para solicitar la nulidad del procedimiento. Lo cierto es que consta en las actuaciones que la parte se opuso a la modificación en el vuelo del tendido eléctrico sobre su finca no solo en el mismo acta de ocupación, primer momento hábil del que dispuso para formular esta queja, sino también en sus escritos posteriores. No puede entenderse que existió una actitud pasiva de la parte consintiendo el cambio operado sino que, muy al contrario, mantuvo una postura activa y contraria al mismo en el primer momento que tuvo conocimiento de ese cambio (en el acta previa de ocupación) y en todos sus posteriores escritos presentados en el procedimiento expropiatorio. Es por ello que la sentencia ha de reputarse también contraria a derecho al no haber corregido una errónea interpretación del art. 107.1 de la Ley 30/1992, y haberse basado en una pretendida pasividad de la parte para reaccionar, en este caso inexistente, denegándole una tutela judicial efectiva».

Tras la estimación del recurso, el Tribunal Supremo resuelve la cuestión de fondo ordenando la nulidad del procedimiento expropiatorio y la necesidad de repetir el trámite de información pública previsto en la Ley del sector eléctrico.

B) No es correcto entender, con carácter general, que la indemnización por la vía de hecho haya de cifrarse en el 25% del justiprecio, porque apreciada una vía de hecho no existe tal justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien, al no existir, en realidad, una auténtica expropiación forzosa

Las SSTs de 19 de febrero y de 15 de marzo y de 2013 (recursos núms. 1549/2010 y 2762/2010, respectivamente) incorporan un interesante razonamiento complementario a la doctrina jurisprudencial sobre valoración de expropiaciones producidas en vía de hecho. Como es sabido y hemos resaltado en las páginas de esta Revista en innumerables ocasiones, cuando resulta imposible la restitución *in natura* de los bienes expropiados en vía de hecho, el Tribunal Supremo viene incrementando el justiprecio con un 25% de compensación por expropiación en vía de hecho. En los casos citados, ambos referidos a la expropiación urgente de terrenos destinados a la ejecución de proyectos de construcción de autovías radiales de la ciudad de Madrid en los que se omitió el trámite de información pública (que conlleva la actuación en vía de hecho), el Tribunal Supremo rechaza un motivo casacional deducido por los recurrentes con una serie de argumentos que, al cabo, advierten que, en el fondo, lo que están persiguiendo los actores, aunque no lo digan de forma expresa, es que se incremente el justiprecio en el porcentaje pretendido en la demanda por la declaración de nulidad del procedimiento; porcentaje que la Sala de instancia había reducido. En este punto, el razonamiento del Tribunal Supremo, que sirve para rechazar esa pretensión, llega a la conclusión de que

«Cuando se declara la nulidad del procedimiento expropiatorio no procede ya fijar justiprecio alguno porque, declarado ilegal el acto de desposesión de los bienes, lo procedente es que se proceda a su restitución y, además de ello, a indemnizar los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado. En suma, es cierto que ya no procedería hablar de justiprecio porque no existe expropiación ni, por tanto, reglas legales de valoración.

Ahora bien, esa consecuencia lógica de la nulidad del procedimiento de expropiación no es siempre posible por la dificultad que comporta la ejecución de la sentencia en sus propios términos, esto es, mediante la restitución de los bienes. Y esa dificultad es particularmente difícil cuando la necesidad de los bienes tiene por finalidad la ejecución de una obra pública de las características como la de autos y se acude al procedimiento expropiatorio de urgencia, porque el devenir procedimental y procesal de las actuaciones —en el supuesto más frecuente de impugnarse el acto de fijación del justiprecio y no los actos iniciales del procedimiento— comportan que al decirse el debate jurídico en sentencia, la obra ya esté concluida y la restitución comporte esa imposibilidad de restitución.

No es que en tales supuestos, desde el punto de vista estrictamente procesal, no pueda ser admitida la pretensión de restitución de los bienes y la colección legislativa es reflejo de los supuestos en que no siempre esa dificultad por la ejecución de la obra constituye un óbice para la restitución. Pero bien es verdad que en tales supuestos, al ser objeto de

impugnación los acuerdos de fijación de justiprecio, los mismos expropiados son los que optan por anticiparse a esa imposibilidad de restitución e invocan la nulidad del procedimiento expropiatorio como un argumento más de los aducidos en la demanda para sostener la pretensión de un mayor justiprecio; de tal forma que la invocación de la nulidad no tiene ya un fin encaminado a la pretensión de restitución de los bienes, sino servir de fundamento a un mayor justiprecio. Y esa petición de las partes es la que ha sido acogida reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras razones, por la exigencia del principio de congruencia.

Buena prueba de lo que se expone es la misma sentencia de 15 de octubre de 2008, dictada en el recurso 2671/2007 (...) en la que se declara que «es cierto que esta Sala ha venido reconociendo una compensación del 25% resultante de la indemnización por vía de hecho, mas es necesario resaltar que ello ha sido —hemos de insistir— cuando el objeto del recurso estaba referido al acuerdo valorativo del Jurado, cosa que no ocurre en el presente caso, y siempre que así se hubiera solicitado por parte del recurrente, y en aras a evitarle la promoción de un nuevo proceso, sin que, en definitiva, sea correcto entender que, con carácter general, la indemnización por la vía de hecho haya de cifrarse en el 25% del justiprecio y ello, entre otras cosas, porque, apreciada una vía de hecho, no existe tal justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien, al no existir, en realidad, una auténtica expropiación forzosa».

Con tales premisas no se llega a comprender que violación del mencionado precepto procesal se invoca en el motivo casacional desde el mismo momento la propia recurrente solicitó que la nulidad del procedimiento expropiatorio fuese aprovechado para fijar un porcentaje de incremento del justiprecio (...) a lo que accedió la Sala. Bien es verdad que (...) en una cuantía inferior a la pretendida por la expropiada, pero no es ese ya un debate que deba suscitarse por la vía casacional elegida (...).

Menos aun sería admisible el argumento, que no se mencionada expresamente pero aparece insinuado, que de la invocada nulidad del procedimiento y centrada la pretensión en un incremento del justiprecio, deba fijarse por unas reglas de valoración diferentes de la que sería procedentes, caso de seguirse un procedimiento expropiatorio y, menos aun, que considerándose el terreno no urbanizable, deba aplicarse una regla de valoración diferente de la establecida legalmente para tales terrenos, que es lo que parece sostenerse en la argumentación del motivo que examinamos. En suma, si es la misma parte recurrente la que solicita que la nulidad del procedimiento expropiatorio sea compensada con un incremento del justiprecio, el justiprecio ha de calcular como si de un procedimiento de expropiación se tratase.

Y es que, en definitiva, referido el debate a los pretendidos efectos de la declaración de nulidad (...) no puede desconocerse lo que se razona por la Sala de instancia (...) tras declarar la nulidad del procedimiento expropiatorio por ausencia de información pública del proyecto: «La consecuencia jurídica derivada de lo anteriormente afirmado, como consecuencia de haberse estimado la petición de nulidad del procedimiento por omisión del trámite de información pública y, también por ello, del de declaración de necesidad de ocupación, como solicita el recurrente, consistirá en una indemnización de daños y perjuicios habida cuenta la imposibilidad material de restituir el terreno a su propietario, que consistirá según reiterada jurisprudencia sobre la materia, en el importe del justiprecio que se señale incrementado en un 25% más de su valor por la ilegal ocupación, sin que se conceda el 50% que solicita la parte expropiada por no probar ni alegar extremo preciso y circunstancias que lleven a la Sala a modificar el criterio general fijado por

el Tribunal Supremo para estos supuestos en numerosas sentencias de cita innecesaria, siendo la más reciente de 24 de marzo de 2009».

4. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) La valoración del justiprecio ha de referirse al momento de iniciación del expediente de justiprecio: excepción de esa regla en un caso singular en el que la Administración expropiada altera la calificación del suelo expropiado para presentar posteriormente su hoja de aprecio

Sabemos que la jurisprudencia viene refiriendo constantemente el momento de valoración del justiprecio al del inicio de la pieza separada de justiprecio, bien sea la iniciación de las gestiones para intentar un mutuo acuerdo, bien cuando se dirige un requerimiento al expropiado para que formule su hoja de aprecio. Regla que en las ocupaciones de urgencia, y para no hacer de distinta condición al expropiado respecto de las expropiaciones que siguen el procedimiento ordinario (también para el cálculo de los intereses por demora), ha de anticiparse a la fecha de la ocupación, previa consignación, de lo expropiado.

La **STS de 12 de marzo de 2013** (recurso núm. 3165/2012) resuelve un caso muy singular que excepciona esta inveterada jurisprudencia.

Los antecedentes del caso se refieren a una expropiación de urgencia llevada a cabo por la Administración del Estado en el término municipal de Villafranca del Penedés para la constitución forzosa de una servidumbre de línea telefónica y una ocupación temporal. El proyecto legitimador de la expropiación era la línea ferroviaria de alta velocidad. El terreno afectado por la expropiación era de propiedad de la Generalidad de Cataluña. Mediante acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Barcelona fue fijado el justiprecio, que en lo relativo a la servidumbre consistió —en línea con el criterio jurisprudencial asentado en la materia— en un determinado porcentaje del valor del suelo.

Disconforme con el justiprecio, la expropiada acudió a la vía jurisdiccional, discutiendo sustancialmente la aplicabilidad de las ponencias catastrales para la determinación del valor de repercusión del suelo de acuerdo a estos argumentos: 1.º Las ponencias catastrales entraron en vigor el 1 de enero de 2000; 2.º La ocupación del terreno afectado por la expropiación, mediante procedimiento de urgencia, tuvo lugar en octubre de 2002; 3.º En junio de 2003 se aprobó definitivamente el nuevo Plan de Ordenación Urbanística Municipal de Villafranca del Penedés, en virtud del cual la zona donde se halla el terreno afectado por la expropiación pasó a ser de uso predominantemente residencial, frente al industrial que tenía con anterioridad; y 4.º No habiendo nunca recibido un requerimiento de la Administración expropiante para que formulase hoja de aprecio, la expropiada presentó ésta en junio de 2004. Pues bien, con base en todos estos datos, la expropiada sostiene que la fecha de referencia para la valoración debía ser la de presentación de la hoja de aprecio, no la de ocupación del terreno afectado por la expropiación; y sostenía asimismo que el valor de repercusión del suelo no debía determinarse por aplicación de las ponencias catastrales, porque éstas no reflejaban la realidad del mercado inmobiliario y, además, porque entre su entrada en vigor y la fecha de referencia para la valoración se había producido una modificación de las condiciones urbanísticas tenidas en cuenta para la elaboración de aquéllas.

La sentencia de instancia desestimó las pretensiones de la demandante confirmando en todos sus extremos el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación, y la representación letrada de la Generalitat de Cataluña (titular de los terrenos expropiados) interpuso recurso de casación frente a la misma (Sentencia de la Sección Segunda de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de marzo de 2010 —recurso núm. 220/2006—).

El Tribunal *a quo* rechaza la pretensión de valoración del terreno en el momento de presentación de la hoja de aprecio por parte de la Administración expropiada de acuerdo con el siguiente argumento:

«en el supuesto enjuiciado resulta difícilmente entendible para este Tribunal que ambas Administraciones, expropiante y expropiada, estatal y autonómica, durante el más de un año transcurrido entre la ocupación de la finca expropiada por la primera y la presentación de la hoja de aprecio por la segunda no actuaran en sus relaciones mutuas conforme a aquellos deberes, que legal y aun constitucionalmente le vienen impuestos, de lealtad institucional y cooperación, tal como aparecen definidos en el artículo 4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en servicio objetivo de los intereses generales, ex artículo 103 de la CE, realizando las gestiones necesarias para el logro de un mutuo acuerdo.

Por ello este Tribunal estima no aplicable una jurisprudencia (...) del Tribunal Supremo (...) sentada precisamente en beneficio de los expropiados por vía de urgencia, para no hacerlos de peor condición que al resto de los expropiados, cuando la Administración expropiante hace dejación de su obligación de dar curso al procedimiento expropiatorio; pero que no puede beneficiar a una Administración pública, como la de la Generalitat de Catalunya, la cual fue precisamente la que aprobó definitivamente en 11 de junio de 2003 aquel PGOU del municipio de Villafranca del Penedés y publicó en su Diario Oficial aquel nuevo instrumento de planeamiento, en cuyas disposiciones pretende fundar ahora su alegación de no vigencia de las ponencias catastrales, que se habría producido precisamente por aguardar la Administración autonómica a presentar su hoja de aprecio con posterioridad a la publicación oficial de dicho Plan general».

El Tribunal Supremo, por su parte, ratifica este razonamiento declarando no haber lugar a la casación pretendida y subrayando de antemano que nos hallamos ante un caso muy singular en el que ha habido, de entrada, una notable irregularidad: la Administración expropiante no hizo el oportuno requerimiento de formulación de hoja de aprecio; algo que, de conformidad con el art. 52.7.º de la LEF, habría debido hacer inmediatamente después de efectuada la ocupación o, si hubo negociaciones tendentes a llegar a un acuerdo sobre el justiprecio, tan pronto como éstas fracasaron. Pese a ello, precisa el Tribunal Supremo, «*si ésta fuera la única circunstancia a tener en cuenta, seguramente habría de seguirse el criterio jurisprudencial invocado por la recurrente: si hay retraso en la iniciación de la pieza de justiprecio por razones no imputables al expropiado, éste no debe verse perjudicado por el retraso y, por ello, la fecha de referencia para la valoración debe ser aquella en que efectivamente comenzó a tramitarse la pieza de justiprecio*».

En el presente caso, sin embargo, hay una circunstancia muy especial que impide llegar a esa conclusión, que el Tribunal Supremo expresa del siguiente modo:

«como certeramente pone de relieve la sentencia impugnada, la modificación sobrevenida del planeamiento urbanístico —que mejoró notablemente el valor económico de la zona donde se halla el terreno afectado por la expropiación, al pasar de uso industrial a uso residencial— fue acordada por la misma expropiada, en su condición de Administración autonómica competente para la aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento urbanístico general. Así, no sólo la modificación de las condiciones urbanísticas tenidas en cuenta para la elaboración de las ponencias catastrales fue debida a la expropiada, sino que además ésta presentó su hoja de aprecio en el momento que tuvo a bien y que resultó ser poco después de la publicación oficial del nuevo instrumento de planeamiento urbanístico. La recurrente aduce que, al insistir sobre este extremo, la sentencia impugnada presupone injustificadamente que actuó con falta de lealtad. Pero lo cierto es que, sin necesidad de entrar en consideraciones acerca de la buena fe, la expropiada escogió por sí sola cuándo presentar su hoja de aprecio y ello objetivamente supone que, si la valoración fuera referida a ese momento, se estaría dejando la determinación de elementos determinantes del justiprecio a la sola voluntad de la expropiada; algo que a todas luces resultaría inaceptable.

Como complemento de cuanto se acaba de exponer, no está de más hacer dos observaciones adicionales. Por un lado, la insistencia de la recurrente en que había habido negociaciones infructuosas con la Administración expropiante no cambia las cosas, ya que no existe constancia de detalles importantes, tales como la duración de los contactos o la causa de que no se alcanzase un acuerdo. Y de nada sirve aducir, tal como hace la recurrente, que el principio de facilidad probatoria habría exigido que la Administración expropiante —aun siendo demandada— aportase esa información; y ello porque la recurrente tenía idéntica facilidad probatoria, máxime teniendo en cuenta su condición de Administración Pública. Por otro lado, esta misma condición de Administración Pública de la expropiada —más aún, de titular de la potestad expropiatoria— resta fuerza en el presente caso a la finalidad que inspira el criterio jurisprudencial invocado: cuando la jurisprudencia afirma que el retraso no debe perjudicar al expropiado, busca la protección del particular frente a posibles abusos de la Administración; finalidad tuitiva que tiene mucho menos sentido cuando quien se enfrenta a la Administración del Estado (expropiante) es una Administración autonómica (expropiada)».

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Legitimación para instar la reversión en supuestos de transmisión de la mercantil que era propietaria originariamente

La STS de 19 de marzo de 2013 (recurso núm. 2797/2010) declara no haber lugar al recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso núm. 466/2006) que desestimó la pretensión procesal de una mercantil que perseguía el ejercicio del derecho de reversión de la antigua propietaria de los terrenos finalmente adquiridos por aquella tras varias transmisiones patrimoniales.

Para dar respuesta a la casación planteada, debemos consignar algunas consideraciones de la sentencia de instancia, que realiza un examen de la titularidad de los terrenos afectados por el derecho de reversión ejercitado. En ejercicio de las facultades de valo-

ración de la prueba que corresponden al Tribunal *a quo* afirma que la parcela en su día expropiada formaba parte de una finca de mayor superficie y que esta fue transmitida, en varias ocasiones hasta llegar a los actuales titulares (la mercantil recurrente) sin que en la citada operación jurídica se hiciera mención alguna a ese hecho jurídico ni a la reserva de algún derecho de reversión derivado del mismo, o a la intención que sobre él tuviesen los transmitentes primeros. A partir de este dato fáctico concluye que el derecho de reversión compete al primitivo titular o a sus causahabientes y no al titular actual de la finca de mayor superficie de la que formaba parte la finca expropiada, pues entiende que llevada a cabo la expropiación, el primitivo titular dejó de ser titular del bien expropiado y no transmitió su dominio a la entidad demandante.

El tribunal Supremo suscribe este razonamiento, afirmando que

«es evidente que no puede revertirse de la Administración aquello que nunca ha sido propiedad de quien persigue la reversión al no haber sido adquirido el bien. Es acertado mantener, en suma, que el derecho de reversión compete al primitivo titular o causahabientes, y no al titular actual de la finca de mayor superficie de la que formaba parte la finca expropiada, pues llevada a cabo la expropiación el primitivo titular dejó de ser titular del bien expropiado y no transmitió su dominio a la entidad demandante.

Efectivamente, en la sentencia dictada por esta misma Sala tercera y Sección sexta el 26 de mayo de 1998 (recurso de casación n.º 830/1994) se dice que “La jurisprudencia es constante en declarar que la transmisión de una finca, en los casos en que la porción expropiada queda excluida del terreno objeto de compraventa (sentencia de 28 de noviembre de 1995), como ocurre en el caso enjuiciado, a tenor de los hechos declarados por la sentencia recurrida, no comporta sin más la transmisión de los derechos de reversión que puedan corresponder a aquélla porción si no se incluye una referencia a la transmisión de aquel derecho o expectativa de ejercitarlo en el título de compraventa (para lo que no es suficiente la cláusula que hace referencia a los derechos, usos y servidumbres inherentes al derecho de propiedad de la finca vendida: sentencia de 22 de mayo de 1987), mientras que, en el caso enjuiciado, en la primera escritura de compraventa no se contiene referencia alguna a la transmisión del derecho de reversión u otros derechos inherentes a la propiedad de la finca, y en la segunda se contiene una referencia genérica a la transmisión de los derechos anexos pero se excluyen las porciones segregadas y se hace constar que la finca se haya atravesada por la explanación correspondiente a la porción expropiada».

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. Pérdida de oportunidad.**
 - B) **Responsabilidad sanitaria. Consentimiento informado.**
 3. DAÑO INDEMNIZABLE.
 - A) **Inexistencia de daño en la anulación de una contratación laboral.**
 - B) **Cuantificación del daño consistente en la denegación ilegal de la colegiación.**
 4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO.
 - A) **Responsabilidad sanitaria. Legitimación pasiva de MUFACE conforme a la anterior regulación de los contratos públicos.**
 - B) **Apreciación de oficio de la prescripción de la acción de responsabilidad.**
 - C) **Responsabilidad sanitaria. Carga de la prueba. Teoría del «daño desproporcionado».**
 - D) **Responsabilidad sanitaria. Carga de la prueba. Grabación de ecografías.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Recoge esta crónica pronunciamientos muy interesantes sobre diversos aspectos del régimen de la responsabilidad administrativa, lo que suele ser habitual dada la enorme variedad de vertientes y matices que ofrece la casuística en este ámbito, prácticamente infinita.

Caben ser destacadas dos importantes sentencias que en relación con la responsabilidad sanitaria vienen a perfilar la doctrina de la «pérdida de oportunidad». Pero sobre todo es digno de subrayar la serie de pronunciamientos que versan sobre la garantía del «consentimiento informado» de los que se deducen sus reglas generales o puntos de partida («información al paciente previa, continuada, verbal y escrita, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento»), junto a las excepciones o matices que se admiten en ciertas circunstancias y que restan rigidez a la fórmula (no capacitación del enfermo para ejercer, per se, su derecho de autodeterminación —supuesto muy corriente—; consentimiento del enfermo efectivamente otorgado, aunque no por escrito; ausencia de

información pero no seguida de daño alguno, ausencia de información total o parcial por ser imposible o no plenamente fiable, situaciones de urgencia...)

Análogo interés ofrecen un par de sentencias que reconocen la doctrina del daño desproporcionado o «resultado clamoroso» por inesperado en relación con la escasa gravedad que ofrecía la patología del enfermo, reconocimiento que conlleva el de inversión de la carga de la prueba, que ha de soportarla el sujeto agente del daño. Igualmente relevante es otra sentencia que sirve de contrapunto a las anteriores por cuanto tiende a definir, a través del examen de un caso concreto, aquellas situaciones en las que no cabe aplicar dicha regla, expresada en el brocardo conocido: *res ipsa loquitur*.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Responsabilidad sanitaria. Pérdida de oportunidad

Nos detenemos en dos sentencias del mismo día que resuelven sendos recursos de casación para la unificación de doctrina sobre un tema complejo e interesante, cual es la delimitación en los casos de actuaciones sanitarias de en qué medida el daño es resultado de la propia patología del paciente y en qué medida lo es de la actuación u omisión sanitaria.

La STS de 3 de diciembre de 2012, Ar. 560/2013, tiene ese presupuesto y la sala de instancia había considera indemnizable el daño físico pero no, independientemente, el moral por pérdida de oportunidad. Sin embargo, en otros casos similares, lo que se indemniza es, precisamente, el daño moral derivado de la falta de actuación diligente sanitaria que, hipotéticamente, podría haber curado, frenado o paliado la patología preexistente. El Tribunal Supremo considera que en efecto hay una disparidad en las soluciones y afirma:

«La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo [...] configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente».

«[...] la denominada «pérdida de oportunidad» se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo».

Teniendo en cuenta que desde que se tuvo la primera noticia de la existencia del cáncer de pulmón hasta que se inició el primer ciclo de quimioterapia transcurrieron siete meses, lo que a juicio de todos los peritos acortó considerablemente la vida del paciente, da por bueno que el diagnóstico más temprano del cáncer, al menos, habría alargado la vida del paciente, aunque no sus posibilidades de curación. Así las cosas, fija como indemnización la cantidad de 80.000 euros.

La misma doctrina se maneja en la **STS de 3 de diciembre de 2012**, Ar. 582/2013, en la que la indemnización solicitada por el cónyuge y la hija del fallecido se calcula en un tanto por ciento de lo que correspondería si el daño hubiera sido causado directamente por la Administración, sin concurrir una patología como causa principal.

B) Responsabilidad sanitaria. Consentimiento informado

En el período que abarca esta crónica se han dictado numerosas sentencias de responsabilidad sanitaria que abordan la cuestión del llamado «consentimiento informado».

Podemos comenzar trayendo a colación la **STS de 20 de noviembre de 2012**, Ar. 300/2013, que reproduce la siguiente doctrina general:

«Es evidente que la exigencia del consentimiento informado constituye una obligación impuesta por la Ley General de Sanidad cuyo artículo 10 expresa [...] que toda persona tiene, con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención excepto, entre otros casos que ahora no interesan, cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; y finalmente a que quede constancia por escrito de todo su proceso. Está pues, por lo tanto, el consentimiento informado, como decíamos en aquella sentencia, estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas y que en la fecha en que se produce la intervención quirúrgica que da lugar a este proceso constituye una institución recientísima en el plano de nuestra legislación [...] la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Pero sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba.

La falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que además constituye un elemento fundamental en la prestación sanitaria, de forma que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos

inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses, incluso en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar ulteriores consecuencias.

Cosa distinta son los efectos que producen esa falta de consentimiento informado, con independencia de que la intervención médica se realice correctamente, como pretensión autónoma que tiene como fundamento un daño y que este sea consecuencia del acto médico no informado. Sin daño no hay responsabilidad alguna. La falta de información, no es per se y en todo caso una automática infracción de la *lex artis*, puesto que esa información debe ser con la extensión y alcance adecuada de forma que sea inteligible, clara y adaptada a la posibilidad del paciente para entender y conocer los extremos de la asistencia que se le va a prestar. Por tanto no puede ser ilimitada o infinita, a riesgo de impedir actuaciones médicas que beneficien al enfermo. Esta información previa es distinta al resultado, lo que parece lógico, puesto que éste puede no ser el esperado objetivamente, puesto que estamos ante una obligación de medios y no de resultados».

En el caso que enjuicia, había falta de constancia escrita del consentimiento pero el Tribunal Supremo considera que hubo información previa verbal suficiente y completa respecto a la actuación a practicar, una biopsia, así como respecto a los riesgos típicos y posibles de la misma. Al respecto, el reclamante admitía la existencia de una hoja relativa a la información respecto a la biopsia, en la que se contenía el riesgo de sufrir una infección y la actuación a seguir ante la presencia de un signo como es la fiebre. La principal queja del paciente era la falta de constancia de otras alternativas menos gravosas para el paciente que pudieran evitar la práctica de la prueba, pero el Tribunal Supremo argumenta que no existen alternativas en un estadio previo en el que no hay síntomas y la desestima.

— La **STS de 13 de noviembre de 2012**, Ar. 1659/2013, considera que entre las excepciones a la necesidad de consentimiento escrito no se encuentran la condición de médico del paciente, cuando no lo es de la especialidad en cuestión, o la relación de amistad con los doctores responsables del caso. Reconoce el derecho a indemnización por importe de 60.000 euros.

— La **STS de 20 de noviembre de 2012**, Ar. 375790, descarta la vulneración de la obligación de recabar el consentimiento informado y, por ello, la responsabilidad en un caso en el que las complicaciones en el parto se evidenciaron con ocasión del mismo o con inmediata posterioridad, sin capacidad para informar.

— La **STS de 20 de noviembre de 2012**, Ar. 2430/2013, analiza un caso de malformación en el feto no detectada en ecografía realizada durante la gestación. La recurrente había argumentado que la advertencia que le hicieron sobre la falibilidad de la prueba diagnóstica no debía bastar y convertirse en una «patente de corso» que liberara a la Administración de su deber de diligencia, de tal forma que si esas malformaciones no se podían apreciar, habría debido acudir a una exploración de mayor definición. Considera el Tribunal Supremo que se advirtió a la demandante del grado de fiabilidad de la prueba diagnóstica y su posibilidad de no detección de dichas malformaciones y, por ende, no puede invocarse falta de consentimiento informado. Y añade, como argumento *ad*

abundantia, que la malformación no era de la entidad suficiente en todo caso para haber permitido a la madre acogerse al supuesto legal de interrupción voluntaria del embarazo.

— La **STS de 4 de diciembre de 2012**, Ar. 1508/2013, analiza el supuesto de una persona que se somete a dos intervenciones gástricas sucesivas con secuelas permanentes derivadas de la segunda, de cuya posibilidad no fue informado. Se condena por ello a la Administración a indemnizar por una cantidad de 60.000 euros.

Resulta de interés la doctrina general en ella recogida:

«En cuanto a la falta de consentimiento informado y, desde luego, a su insuficiencia en lo relativo a las concretas secuelas derivadas de la segunda intervención hemos indicado en nuestra reciente sentencia de fecha 26 de marzo de 2012, recurso 3531/2010, que partimos de que consentimiento informado supone «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud» (art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). También es evidente la necesidad de informar sobre posibles riesgos (art. 8.3 Ley 41/2002).

Y señalábamos en dicha sentencia:

“Resulta claro que tanto la vigente regulación, más detallada y precisa, como la anterior coinciden en un punto esencial, esto es la exigencia del ‘consentimiento escrito del usuario’ (art. 10.6 Ley General de Sanidad, 14/1986, art. 8.2 Ley 41/2002) para la realización de intervenciones quirúrgicas. Si bien actualmente también se prevea respecto de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Todo ello, a salvo claro está de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones.

Se ha recordado en la Sentencia de 29 de junio de 2010, recurso de casación 4637/2008 lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 sobre que ‘El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos’.

.../... Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)’.

Y una constante jurisprudencia (Sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002, 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003, de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008, sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del

paciente constituye una infracción de la «lex artis» y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

... En fecha reciente el Tribunal Constitucional ha declarado (FJ 7.º) en su STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011, estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15 y 24.1 CE que ‘no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad’.

Nuestra jurisprudencia (SSTS 29 de junio 2010, rec. casación 4637/2008, 25 de marzo de 2010, rec. casación 3944/2008), sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales.

Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia.

Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque si existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento”.

Además hemos desvinculado la falta o insuficiencia de consentimiento informado, de la existencia de mala praxis, pues el defecto o insuficiencia en el consentimiento constituye, en sí mismo, mala praxis. Así lo acabamos de afirmar en nuestra sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011, recurso 3536/2007 y las que en ella se citan».

3. DAÑO INDEMNIZABLE

A) Inexistencia de daño en la anulación de una contratación laboral

La **STS de 27 de noviembre de 2012**, Ar. 400038, resuelve la reclamación patrimonial de una persona que cesa en la relación laboral con la Administración como consecuencia de la anulación por resolución judicial firme del proceso de selección del personal laboral. Reclama indemnización por todos los salarios que habría cobrado hasta su jubilación. El pronunciamiento del Tribunal Supremo es contundente (y, nos parece, acertado):

«A la vista de esas circunstancias es manifiesto que el recurso no puede prosperar y las pretensiones accionadas por la recurrente no pueden acogerse. En efecto, reducido a sus más elementales argumentos lo que se pretende por la recurrente es que una actuación, y además anormal de los servicios públicos, en concreto, la selección de personal para el desempeño del puesto antes mencionado, le ha privado a la recurrente de haber podido percibir las retribuciones que tenía asignado el puesto durante toda su vida profesional, de ahí que la reclamación se calcule en función del tiempo de vida laboral que la recurrente tendría. No podemos compartir ese argumento porque en pura lógica el argumento sería muy contrario, es decir, que el funcionamiento anormal del servicio le ha permitido a la recurrente ocupar un puesto en la Administración y percibir unas retribuciones que en pura legalidad no le correspondían. Es decir, no es que no haya habido perjuicio para la recurrente sino más bien beneficio, cuando menos, contrario a la legalidad, porque ilícito fue declarado el acto de su nombramiento».

B) Cuantificación del daño consistente en la denegación ilegal de la colegiación

La STS de 20 de noviembre de 2012, Ar. 383355, fija una indemnización por daño moral de 22.000 euros por la denegación de colegiación en el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de un ingeniero, posteriormente anulada, que se prolongó durante veintidós meses.

4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO

A) Responsabilidad sanitaria. Legitimación pasiva de MUFACE conforme a la anterior regulación de los contratos públicos

La STS de 4 de diciembre de 2012, Ar. 1508/2013, resuelve una reclamación de responsabilidad por defectuosa asistencia sanitaria formulada contra MUFACE. En su jurisprudencia anterior, el Tribunal Supremo había sentado que en estos casos no se puede oponer al perjudicado las cláusulas del concierto entre MUFACE y las entidades privadas y por ende se puede reclamar contra la primera. Sin embargo, la jurisprudencia posterior de la Audiencia Nacional volvió a analizar este problema a la vista de las modificaciones normativas incorporadas por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuya disposición adicional vigésimo tercera, apartado primero, establece que estos conciertos tienen la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público, figurando entre las obligaciones del contratista la de «indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración». Concluyó que en estos casos MUFACE no lleva a cabo ninguna actuación sanitaria y no puede ser por ello responsable, doctrina que ahora hace suya el Tribunal Supremo (y que nos parece más acertada).

Ahora bien, pese a que, en nuestra opinión, el principio que se deducía de la regulación de los contratos administrativos anterior a 2007 conducía a este mismo principio, el Tribunal Supremo no lo aprecia así y considera inaplicable esta doctrina *ratione temporis* al caso enjuiciado, casando la sentencia de instancia:

«Es criterio de la Sala que no puede aplicarse con efecto retroactivo, ni servir de criterio interpretativo, la reforma operada por la ley de 2007 que hemos citado anteriormente, a supuestos que se producen con anterioridad a dicha reforma legal. Y no puede serlo en cuanto resulta irrazonable que se aplique dicha irretroactividad en contradicción con la doctrina de esta Sala y se pretenda exonerar a la administración en los casos en que la asistencia sanitaria viene concertada con una entidad privada sin que exista sustento legal sólido para ello. Lo cierto es que no pueden oponerse —a tercero— las cláusulas del concierto que haya suscrito la administración con el prestamista de la asistencia sanitaria cuando quien recibe el servicio sanitario se dirige a la entidad con la que la administración ha suscrito un contrato que aquél desconoce».

B) Apreciación de oficio de la prescripción de la acción de responsabilidad

La STS de 19 de noviembre de 2012, Ar. 375789, aclara que los tribunales pueden de oficio suscitar la cuestión de la prescripción de la acción de responsabilidad:

«[...] el art. 65.2 de la Ley Jurisdiccional habilita al Juez o Tribunal, cuando lo juzgue oportuno, a que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, siempre que lo ponga en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles plazo de diez días para ser oídas sobre ello. Responde este precepto a la necesidad de que la sentencia en su ratio decidendi se mantenga dentro de los términos en que el debate se ha planteado por la partes, sin que se introduzcan motivos por parte del Tribunal que, no habiendo sido alegados por las mismas, resulten determinantes del pronunciamiento, privando a las partes de formular las alegaciones y ejercitar su defensa respecto de aspectos fundamentales que quedan así al margen del necesario debate procesal que exige el principio de contradicción y que, en cuanto se asuman por el Tribunal para fundar la sentencia, supone incurrir en vicio de incongruencia como hemos anticipado. Precisamente para evitar esta situación el art. 65.2 proporciona al Tribunal la herramienta precisa para la introducción de cuestiones nuevas en el debate procesal impidiendo finalmente el vicio de incongruencia de la sentencia si tales cuestiones sirven de fundamento de su decisión.

La garantía del principio de contradicción, como eje esencial del proceso y la exigencia de congruencia de la sentencia, juzgando dentro de los límites de las pretensiones ejercitadas por las partes y los motivos invocados como fundamento de las mismas, determinó la exigencia dirigida al Tribunal a quo de la apertura del trámite establecido en el art. 65.2 de la Ley y, al hacerse así, no se infringió dicho precepto ni incurrió la sentencia en la incongruencia denunciada».

C) Responsabilidad sanitaria. Carga de la prueba. Teoría del «daño desproporcionado»

Diversas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en este período traen a colación la doctrina del «daño desproporcionado» o del «resultado clamoroso» (*res ipsa loquitur*), que opera como una inversión de la carga de la prueba. Veamos cuál es su formulación general.

La STS de 2 de noviembre de 2012, Ar. 10586, dice que:

«[...] en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado como aquél, ya que por sí mismo, por sí sólo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla ‘res ipsa loquitur’ (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla ‘Anscheinsbeweis’ (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la ‘faute virtuelle’ (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”.

La doctrina del daño desproporcionado o ‘resultado clamoroso’ llegó a nuestra Jurisdicción a partir de su asunción por la Sala Civil de este Tribunal quien a partir de sentencias del año 1996, la utilizó como criterio de valoración e imputación de la responsabilidad extra-

contractual en el ámbito sanitario. Existente un resultado desproporcionado, totalmente inesperado y no contradicho o explicado coherentemente por el demandado, siendo que concurra además relación causal y que entre dentro de la esfera de actuación de éste, cabía deducir sin duda alguna que existía conducta negligente, y, por tanto, una apariencia relevante de prueba de ésta. Con posterioridad se fue afianzando — STS Sala Primera Civil de 8 de Mayo de 2003, sin perjuicio de momentos oscilantes y modulaciones. Y es que no cabía exclusivamente citar tal doctrina por el recurrente para deducir ya de por sí su aplicación por inversión de la carga de la prueba. Era necesario que por parte del demandado no se ofreciera y probara mediante prueba pericial de forma suficiente y fehaciente que el facultativo había tenido y seguido una actuación profesional acomodada a la «lex artis ad hoc». En el caso de daño desproporcionado o resultado clamoroso el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS Sala Primera Civil de 10 de junio de 2008)».

En la sentencia referida, en la que el daño consistía en una lesión medular con ocasión de la colocación de una prótesis, el Tribunal Supremo acoge el razonamiento del tribunal de instancia y considera acreditada la existencia de negligencia, por lo que la invocación de la teoría del daño desproporcionado constituye un *obiter dicta* para dar respuesta a una alegación del recurrente. Sin embargo, idéntica doctrina, pero esta vez ya sí con carácter de *ratio decidendi*, luce en la **STS de 12 de noviembre de 2012**, Ar. 385056, en un caso de intervención quirúrgica en la que se provoca la sección de los nervios laríngeos con resultado de pérdida de la voz y asfixia. Por el contrario, la **STS de 4 de diciembre de 2012**, Ar. 392664, en que el resultado de la intervención quirúrgica había sido la muerte del paciente, no aplica esta teoría,

«[...] teniendo en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica a un paciente de 72 años con graves problemas coronarios que no pudo superar un derramamiento de bilis no detectado a pesar de haberse puesto todos los medios para ello y que acabó sufriendo varios infartos de miocardio. No existe en estos hechos la apariencia clara o evidente de actuación negligente que exige la anterior doctrina. Aparte de que consta la explicación del resultado, lo que la hace igualmente inaplicable. Y así, el reproche a la sentencia no puede negar las conclusiones alcanzadas por ésta y en las que se asentó la consideración de que el paciente tenía la obligación de soportar el daño, como fueron: (1) que el fallecimiento se produjo como consecuencia del desprendimiento de una de las grapas empleadas para el cierre de la herida, y no por una perforación intestinal; (2) que esa ruptura se produjo por la necrosis de la pared del cístico, y no por una mala praxis imputable al cirujano; y (3) que la atención recibida desde que se le practicó la colecistectomía hasta la segunda intervención fue la correcta, siendo la ecografía realizada un medio idóneo para detectar la fuga biliar. Por lo cual la sentencia sí descarta que la causa del resultado esté en la esfera de acción de la Administración y, por tanto, no infringe la jurisprudencia citada».

D) Responsabilidad sanitaria. Carga de la prueba. Grabación de ecografías

La **STS de 20 de noviembre de 2012**, Ar. 2430/2013, que ya mencionamos en el apartado dedicado al consentimiento informado, analiza un caso de malformación en el feto

no detectada en una ecografía realizada durante la gestación. Considera, como vimos, que se advirtió a la demandante del grado de fiabilidad de la prueba diagnóstica y su posibilidad de no detección de dichas malformaciones y, por ende, no puede invocarse falta de consentimiento informado.

La recurrente alegaba, además, que debían grabarse todas las ecografías (y no sólo las de riesgo) de forma que pudiera acreditarse si se realizaron correctamente.

El tribunal de instancia y, siguiéndole, el Tribunal Supremo, descarta este argumento, que está en directa relación con la carga de la prueba. Afirma lo siguiente:

«En relación con esta última idea —correlativa a la denuncia de infracción de las normas de la carga de la prueba por inaplicación del principio de la facilidad probatoria— no está de más hacer unas precisiones generales sobre este principio, hoy consagrado en el artículo 217.7 LEC (tras la reenumeración producida por la LO 3/2007, de 22 de marzo):

A) La primera, que, en general, la inversión de la carga de la prueba por aplicación del principio de la disponibilidad y facilidad probatoria se produce y juega cuando es exigible a la Administración una mayor diligencia en la aportación de pruebas, esto es, cuando faltan en el proceso informes o documentos existentes y que sólo ella podía aportar, como por ejemplo la historia clínica (sentencias de 2 de enero de 2012, recurso de casación 3.156/2.010, y 2 de noviembre de 2007, recurso de casación 9.309/2.003) o las ecografías que debían ser examinadas por los peritos para comprobar si los médicos que las realizaron actuaron correctamente (caso de la reciente sentencia de 2 de octubre de 2012, recurso de casación 4.855/2.011). Por eso es importante la afirmación que hace la sentencia de instancia, a la vista del informe del jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Santa Cristina, de que no existía el vídeo de la ecografía, no contradicha por la parte aquí recurrente. Si ese vídeo existiese y no se hubiese aportado sí entraría claramente en juego aquel principio de la disponibilidad probatoria. Pero no es el caso.

B) Por otra parte, la simple falta de aportación de pruebas —de producirse, que no es el caso, debemos insistir en ello— no conlleva sin más la automática declaración de responsabilidad de la Administración. Si a pesar de faltar esos documentos el Tribunal puede formar su convicción por otros medios y llegar a la conclusión de que se ha actuado conforme a la «lex artis» entonces no tiene por qué declarar aquella responsabilidad (en este sentido, por ejemplo, sentencia de 23 de octubre de 2007, recurso de casación 2.529/2.003). Y es que, como razona la sentencia de 22 de noviembre de 2011, dictada en el recurso de casación 4.823/2.009, las reglas de distribución de la carga de la prueba solamente entran en juego cuando el juzgador, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, considera dudosos hechos relevantes para la decisión (artículo 217.1 de la LEC).

C) Por último, es necesario dejar claro que el principio de la disponibilidad y facilidad probatoria no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda incertidumbre sobre el origen de la lesión, que es lo que en última instancia pretende la aquí recurrente. Ello supondría desconocer la naturaleza de la ciencia médica como ciencia inexacta y la obligación de asistencia sanitaria de la Administración como una obligación de medios, que no de resultados. Así lo explica, con toda claridad, la sentencia de 10 de julio de 2012 (recurso de casación 3.243/2.010), que dice:

“Es cierta, por supuesto, la obligada inversión de la carga de la prueba, pues es la Administración sanitaria, no el paciente, la que dispone con mayor facilidad de los elementos

de juicio idóneos para aproximarse a una conclusión razonable sobre la causa de la lesión. Pero ello no supone que toda incertidumbre sobre esa causa, incluso cuando la lesión, como es el caso, se objetiva mientras el paciente permanece en el centro hospitalario, deba resolverse en perjuicio de la Administración sanitaria, proclamando su responsabilidad patrimonial. Conforme a reiterada jurisprudencia sobradamente conocida, sustentada ya en su inicio en la inevitable limitación de la ciencia médica para detectar, conocer con precisión y sanar todos los procesos patológicos que puedan afectar al ser humano, y, también, en la actualidad, en la previsión normativa del art. 141.1 de la Ley 30/1992, en el que se dispone que «no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos», la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración por los daños originados en o por las actuaciones del Sistema Sanitario, exige la apreciación de que la lesión resarcible fue debida a la no observancia de la llamada «lex artis». O lo que es igual, que tales actuaciones no se ajustaron a las que según el estado de los conocimientos o de la técnica eran las científicamente correctas, en general o en una situación concreta. Hay ahí, por tanto, o no deja de haber, la constatación de la inidoneidad del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. La aproximación, en fin, a uno de responsabilidad por funcionamiento anormal, sobre todo en la denominada «medicina curativa».

A tal jurisprudencia no se adecua el criterio tan general o sin más matices que defiende la parte actora en este recurso de casación, pues si la concurrencia de aquella doble circunstancia fuera por sí suficiente para afirmar la responsabilidad de la Administración sanitaria, se olvidarían en realidad aquellas limitaciones de la ciencia médica, que pueden justificar ciertamente el desconocimiento real de la causa de una lesión en concreto.

En consecuencia, algo más debe ser exigible para despejar la incertidumbre en contra de quién, como la Administración, dispone con mayor facilidad de aquellos elementos de juicio. En concreto, será exigible que en el proceso queden identificadas con un cierto grado de posibilidad real, al menos, alguna o algunas causas de la lesión. Que éstas, de haber sido las reales, hubieran podido ser combatidas por el servicio sanitario, eliminando o minorando el resultado final. Y que la Administración no haya ofrecido explicaciones bastantes para excluirlas como posibles».

Pues bien, aplicando la doctrina expuesta al caso que ahora resolvemos, la recurrente no identifica esas otras “causas de la lesión” imputables a la Administración a las que alude el último párrafo de la sentencia transcrita, salvo en la afirmación apodíctica, ya descartada, de que la malformación debía haberse “advertido obligatoriamente” en la ecografía. Y por eso no se puede apreciar que la sentencia haya infringido el principio de la facilidad y disponibilidad probatoria».

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. CUESTIONES GENERALES.
 - A) **Sistema de fuentes de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.**
2. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO.
 - A) **Acceso a plazas de abogados fiscales sustitutos. Exclusión de miembros del Cuerpo Jurídico Militar que no vulnera el derecho de igualdad.**
 - B) **Validez de la presentación de reclamación contra baremación provisional de méritos en registro no excluido por las bases de la convocatoria.**
 - C) **No es contraria a derecho de igualdad la exclusión de los procesos selectivos de quienes ya tienen la condición de funcionarios de carrera.**
3. CARRERA Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO.
 - A) **Asignación inicial de grado: aplicabilidad directa de la Disposición Adicional Décima del Estatuto Básico del Empleado Público.**
 - B) **Carrera horizontal y consolidación de los elementos subjetivos en que aquella se articula.**
 - C) **Plazas que deben ser incluidas en las convocatorias de concursos.**
 - D) **Concurso específico: requisitos formales y materiales.**
 - E) **Redistribución de efectivos.**
 - F) **Cese en supuestos de adscripción provisional.**
4. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS.
 - A) **Servicios especiales: pago de cotizaciones a mutualidades obligatorias de funcionarios locales en situación de servicios especiales por devenir Concejales de una Corporación local.**
 - B) **Servicios especiales: cargo directivo como supuesto habilitante de los servicios especiales.**
 - C) **Servicios especiales: incremento del complemento de destino para igualarlo al de los Directores Generales de la Administración del Estado.**
5. DERECHOS FUNDAMENTALES.
 - A) **Libertad de asociación: Una ley autonómica no puede eximir de la colegiación a sus empleados públicos por no estar tal excepción prevista en la Ley estatal de colegios profesionales.**

- B) **Derecho a la igualdad en el acceso a la Función Pública: Ampara también al funcionario de carrera que pretende acceder a otra Administración a través de pruebas selectivas libres.**
 - C) **Derecho a la libertad sindical: No se vulnera por la exclusión de la Mesa Sectorial Nacional de Sanidad de un sindicato que no acredita su representatividad**
6. DERECHOS COLECTIVOS.

- A) **Negociación colectiva: La letra a) del art. 37.2 del EBEP no resulta aplicable al personal laboral de la Administración en lo relativo a la obligación de negociar la creación de nuevos puestos de trabajo**
 - B) **Negociación colectiva: Es legal la decisión de trasladar a las Mesas Delegadas o sectoriales la misma composición que corresponde a la Mesa General.**
 - C) **Negociación colectiva: La cláusula de desvinculación establecida en el art. 38.10 del EBEP también resulta aplicable al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado en el exterior.**
 - D) **Negociación colectiva: el acuerdo municipal por el que se crean en la plantilla presupuestaria varias plazas y puestos de trabajo ha de ser negociado.**
-

1. CUESTIONES GENERALES

A) **Sistema de fuentes de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia**

Del carácter nacional de los Cuerpos de la Administración de Justicia se deriva que la LOPJ establezca que su estatuto jurídico venga constituido por las normas contenidas en la propia Ley Orgánica, en segundo lugar por las disposiciones que se dicten en su desarrollo y, con carácter supletorio, por la normativa del Estado en materia de función pública. De entre las disposiciones dictadas en desarrollo de aquella Ley se encuentra el Real Decreto 1451/2005 de 7 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional del Personal Funcionario al Servicio de la Administración de Justicia. Sin embargo, ni en la Ley Orgánica ni en este Real Decreto se preveía la solución al caso de una funcionaria de un Cuerpo de la Administración de Justicia, que solicitaba una adscripción provisional por motivos de salud. El recurso a la supletoriedad permitirá a la **STSJ de Galicia, de 25 de junio de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, recurso núm. 179/2013) llevar a cabo dos importantes aclaraciones sobre la normativa aplicable y sobre el carácter de la misma.

En primer lugar, afirma sin ambages que tanto la LOPJ como el Real Decreto 1451/2005 llaman a colmar las lagunas no a la legislación autonómica de función pública sino a la legislación estatal sobre la misma materia, lo que desplaza a la normativa autonómica.

En segundo lugar, y una vez identificada la normativa estatal como la supletoria a aplicar, la Sentencia señala que dicha normativa estatal no debe necesariamente tener la condición de básica para poder ser aplicada con carácter supletorio, cosa que erróneamente consideraba la Sentencia de instancia para poder aplicar en última instancia la normativa autonómica. Finalmente, y a efectos más teóricos que prácticos, la Sentencia considera

que, en el caso del personal con legislación específica previsto en el EBEP, a la vista de que éste sólo será de aplicación cuando así lo disponga expresamente dicha legislación, nos encontraríamos no tanto ante una aplicación supletoria como ante una operación de integración normativa.

2. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

A) Acceso a plazas de abogados fiscales sustitutos. Exclusión de miembros del Cuerpo Jurídico Militar que no vulnera el derecho de igualdad. Ministerio Fiscal

Partiendo de recordar que la jurisdicción militar forma parte del Poder Judicial y que la Fiscalía Jurídico Militar es uno de los distintos órganos en que se organiza el Ministerio Fiscal, la **SAN de 13 de mayo de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección tercera, recurso de apelación núm. 1/2013, señala que el Cuerpo que integra la carrera Fiscal y el Cuerpo Jurídico Militar son Cuerpos distintos, diferenciados en su organización, estructura, funciones y ámbito de actuación, de modo que no puede desdeñarse la separación existente entre ambos Cuerpos y entre la jurisdicción ordinaria y la militar, y dicha diferencia ha sido tenida en cuenta por el Real Decreto 326/2002 y por la Orden que establece las bases de la convocatoria del procedimiento selectivo a la hora de establecer los méritos a tener en cuenta para el ejercicio por sustitución de las funciones del Ministerio Fiscal. Por ello, la Sala concluye que el precepto del citado Real Decreto y la base litigiosa de la convocatoria en modo alguno lesionan el derecho del art. 23.2 CE y que, por otra parte, se encuentran dentro del margen de disponibilidad de que goza la Administración en el ejercicio de su potestad de autoorganización.

B) Validez de la presentación de reclamación contra baremación provisional de méritos en registro no excluido por las bases de la convocatoria

La **STS de 14 de mayo de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, recurso de casación núm. 1496/2012, trae causa de la reclamación presentada por la aspirante en un procedimiento selectivo contra la baremación provisional de méritos, que fue desestimada por ser presentada en un registro administrativo distinto del indicado por las bases de la convocatoria.

Pues bien, la STS de 14 de mayo de 2013 comienza su razonamiento aludiendo al principio de eficacia administrativa, que hace necesario propiciar un acercamiento eficaz de los servicios a los ciudadanos; acercamiento que se hace particularmente necesario en los procedimientos que incidan sobre derechos fundamentales como es el de acceso a las funciones públicas del art. 23.2 CE, y esta necesidad se intensifica aún más cuando —como ocurre en el caso de autos— el interesado reside en una isla distinta del territorio donde se encuentra el órgano administrativo destinatario de las solicitudes que se hayan de presentar. Entiende la Sala que toda convocatoria de procedimientos selectivos debe interpretarse en coherencia con lo dispuesto en el art. 38.4 LRJPAC, de modo que, si no se excluye expresamente lo establecido en este precepto, hay que considerar que lo establecido en el mismo rige también en el concreto procedimiento selectivo de que se trate.

En consecuencia, según la STS de 14 de mayo de 2013, la referencia de la base 9.3 de la convocatoria a la Dirección Provincial de Educación de la isla de realización de la fase de oposición sirve para identificar el registro del órgano destinatario del escrito referido, pero no excluye los demás registros u oficinas de presentación legalmente previstos. Añade también la STS de 14 de mayo de 2013 que la admisión del escrito por la oficina insular en la que se presentó generó en la interesada confianza en la validez de esa presentación, por lo que el posterior rechazo de su reclamación, con las gravísimas consecuencias derivadas, casa mal con el principio de confianza legítima (art. 3.2 LRJPAC).

C) No es contraria al derecho de igualdad la exclusión de los procesos selectivos de quienes ya tienen la condición de funcionarios de carrera. Personal estatutario fijo. Sistema Nacional de Salud

La **STS de 17 de mayo de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, recurso de casación núm. 1733/2012, estima justificada y no lesiva del derecho del art. 23.2 CE la exclusión de la convocatoria de acceso a la condición de personal estatutario fijo del Sistema Nacional de Salud en plazas de facultativo especialista en medicina interna del Servicio de Salud de Castilla y León de quienes ya tienen la condición de personal estatutario fijo, casando la sentencia de instancia que apreció vulneración del referido derecho de igualdad en la exclusión del procedimiento de acceso del recurrente, personal estatutario fijo que venía prestando servicios en el Servicio de Salud Extremeño.

Para la Sala, si el hecho de ostentar la condición de personal estatutario fijo es la condición excluyente de la posible participación en un concurso para adquirir esa condición, la exigencia de tratamiento igual (art. 23.2 CE) se vulnera, si entre quienes reuniendo la misma condición excluyente, se introduce una diferenciación en razón del servicio autonómico donde se presten los servicios.

La prestación de servicios en diferentes ámbitos autonómicos es presupuesto para el poder ejercer el derecho de movilidad que establece el art. 37 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario del Sistema Nacional de Salud, pero no para participar en una convocatoria de acceso a la condición de personal estatutario fijo que quien ya ostenta dicha condición.

De mantenerse el criterio de la Sala de instancia, tal como señala la STS de 17 de mayo de 2013, el procedimiento de acceso a los Cuerpos en cuestión se convertiría en un procedimiento de movilidad en condiciones diferentes a las establecidas al respecto por el art. 37 de la Ley 55/2003.

En definitiva, la Sala señala que una cosa es el acceso al empleo público (art. 55 EBEP) y otra la provisión del puesto de trabajo (arts. 78 y ss. EBEP), siendo en la ley único dicho acceso y única la condición de funcionario (art. 62.1) y eventualmente múltiple la posibilidad, una vez se ha accedido al empleo público, de la provisión de distintos puestos de trabajo. Por ello, aunque el requisito negativo de no pertenecer ya al cuerpo, categoría y especialidad no se explicita en el art. 56 EBEP, es obligado considerarlo implícito por exigencias de la lógica del sistema.

3. CARRERA Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) **Asignación inicial de grado: aplicabilidad directa de la Disposición Adicional Décima del Estatuto Básico del Empleado Público**

La **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Vitoria-Gasteiz, de 7 de mayo de 2013** (núm. recurso 277/2012) lleva cabo una interpretación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto Básico del Empleado Público en relación con la asignación inicial del grado personal que le lleva incluso a inaplicar la Ley de Función Pública del País Vasco.

Según la citada Disposición Adicional Décima de la Ley 7/2007, de 27 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, «la carrera profesional de los funcionarios de carrera se iniciará en el grado, nivel, categoría, escalón y otros conceptos análogos correspondientes a la plaza inicialmente asignada al funcionario tras la superación del correspondiente proceso selectivo, que tendrán la consideración de mínimos. A partir de aquellos, se producirán los ascensos que procedan según la modalidad de carrera aplicable en cada ámbito». Por su parte, el art. 45.8 de la Ley 6/1989 de la Función Pública Vasca establece que los funcionarios de nuevo ingreso tendrán asignado el grado personal correspondiente al nivel mínimo del intervalo establecido para el grupo al que pertenezcan. La evidente contradicción pretendía ser salvada por la Diputación Foral de Álava mediante la consideración de que el EBEP se limita a establecer un derecho genérico a la carrera profesional de los empleados públicos, definiendo, por tanto, un modelo abierto de la misma, y remitiéndose a la normativa de desarrollo que aprueben las Comunidades Autónomas sobre la concreción del modelo de carrera profesional en cada Administración. Es decir, que la Disposición Adicional Décima del EBEP carecería de directa aplicación sin normativa de desarrollo que, en el caso en cuestión (País Vasco), no se habría dado. La Sentencia, en cambio, considera dicha Disposición vigente y aplicable, procediendo al desplazamiento de la legislación autonómica contraria a la legislación básica.

B) **Carrera horizontal y consolidación de los elementos subjetivos en que aquella se articula**

El confuso intento de implantar una cierta carrera horizontal en la Agencia Española de Administración Tributaria (AEAT) a través del Acuerdo de 14 de noviembre de 2007 entre la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y las Organizaciones Sindicales, sobre el desarrollo de la carrera profesional y administrativa de su personal, genera una constante conflictividad que obliga a los Tribunales a esclarecer no sólo el alcance del citado Acuerdo sino también, de paso, las notas características de la carrera horizontal prevista en el Estatuto Básico del Empleado Público. Así, por ejemplo, ante la pretensión de una funcionaria de que, a resultas de un concurso de provisión de puestos, se le respetara el complemento específico de que disfrutaba en su anterior puesto, por considerarlo incluido y consolidado en la carrera desarrollada al amparo Acuerdo de 2007, la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7, de 19 de septiembre de 2012, consideró que «tanto el EBEP como el Acuerdo vinculan claramente las posiciones retributivas con los puestos de trabajo, cada uno de ellos, sin que en ninguno de sus puntos establezca o pueda razonablemente desprenderse un supuesto derecho a la consolidación por cada funcionario

del tramo o posición alcanzado en un puesto con desvinculación absoluta de ese puesto que se viene ocupando, pues en ese caso no se cumpliría el propósito confesado de la Ley de reducir la excesiva movilidad. Por ello, cuando un funcionario, en un concurso voluntario de traslados, en ejercicio del derecho a la movilidad también consagrado en el EBEP, obtenga un nuevo puesto de trabajo se situará en la posición o tramo que tenga asignado el puesto y con el que se ofertó en el concurso, resultando inadmisibles pretender obtener un nuevo puesto en las condiciones que convengan a cada candidato. Y a ello no obsta en absoluto que la posición retributiva de un puesto dependa o pueda depender del funcionario que lo ocupaba, aunque no vengan determinadas en la RPT unas específicas funciones para cada puesto, ya que en una recta aplicación de las normas sobre carrera horizontal, es el progreso y las competencias acreditadas de ese funcionario anterior lo que de alguna forma determina las características concretas del puesto cuando sale a concurso dentro de la estructura organizativa en la que se incluya».

Esta argumentación será aceptada por la **Sentencia de la Audiencia Nacional, de 8 de julio de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, recurso núm. 10/2013), que añade una importante interpretación general sobre la carrera horizontal regulada en el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007, al considerar que de la misma no se deriva necesariamente la consolidación de los elementos subjetivos de aquella: «de los arts. 16 y 17 de la Ley 7/2007, como de los apartados I y IV del Acuerdo suscrito por Agencia Tributaria y Sindicatos el 14 de noviembre de 2007, en modo alguno se desprende la configuración de un derecho a la consolidación del tramo o posición retributiva alcanzada en un puesto de trabajo y que se pueda hacer valer, como derecho *ad personam*, con ocasión del desempeño de un puesto de trabajo distinto. Las menciones que a determinadas consideraciones aisladas [Exposición de Motivos] o determinaciones normativas [arts. 16.3 a), 17 a) y b), y 87.3] del Estatuto aprobado por Ley 7/2007, no permiten establecer la deducción que de las mismas obtiene la parte apelante, a falta de una norma que expresamente configure el derecho a la consolidación del tramo o posición retributiva que se postula en la demanda».

C) Plazas que deben ser incluidas en las convocatorias de concursos

La jurisprudencia ha considerado siempre que la normativa vigente no exige que la Administración deba convocar concursos necesariamente para todas las plazas vacantes, pues aquella tiene unas capacidades autorganizativas para evaluar sus necesidades de personal, y ante una plaza vacante la Administración puede valorar la conveniencia, por razones organizativas, de no incluirla en el concurso. Ahora bien, en el caso de plazas ocupadas por interinos al amparo de la circunstancia consistente en que «no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera», al establecer el EBEP en su artículo 10.4 que tales plazas así ocupadas por funcionarios interinos «deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización», impone a la Administración una obligación de motivación explícita de por qué no se incluyen determinadas plazas, interinamente provistas, en las correspondientes convocatorias de concursos de provisión. La **SAN de 10 de junio de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, recurso núm. 27/2013) invoca, incluso, para tal argumentación la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo, STS

de 10 de diciembre de 2007) recaída en materia de selección respecto a la oferta de empleo público, que engarza su fundamentación con el art. 23.2 de la Constitución, señalando, no obstante, que «estamos ante la provisión de unos puestos de trabajo de funcionarios de carrera. En el seno de las Administraciones Públicas se articulan esos puestos a partir de la existencia de empleados públicos interinos o contratados que desempeñan puestos de trabajo reservados a funcionarios por ello se convocan concursos específicos para éstos en los que se ofrece un número determinado de plazas pero se deben de justificar las razones organizativas de la administración para no convocar todos los ocupados por interinos».

A este argumento la propia **Audiencia Nacional**, en su **Sentencia de 5 de junio de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, recurso núm. 26/2013) va a añadir uno más al invocar la Disposición Transitoria Cuarta del EBEP, relativa a la consolidación de empleo temporal en las Administraciones Públicas. En efecto, esta Disposición establecería un nuevo mecanismo de cobertura mediante un procedimiento de consolidación al que, en el caso en cuestión, se podían acoger las plazas controvertidas; mecanismo que comporta, en todo caso, un procedimiento de selección, por la propia referencia que se hace en la norma al artículo 61 del EBEP. Por lo tanto, tales plazas pueden quedar comprometidas «a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal» (artículo 70 EBEP, regulador de la Oferta de Empleo Público), pero esa norma quedaría sin contenido si la mera existencia de plazas vacantes pero interinamente ocupadas comportara de forma automática la provisión a través del concurso.

D) Concurso específico: requisitos formales y materiales

La decisión de convocar la provisión de determinados puestos no mediante concurso general sino a través de la variante del concurso específico no deja de plantear conflictividad cuando se entiende que las convocatorias incluyen para su provisión por este último procedimiento puestos que carecen de singularidad alguna que lo justifique por tratarse de puestos genéricos de la Administración y, por tanto, puestos indiferenciados. Así lo entendió la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2, de 21 de septiembre de 2012, anulando una convocatoria de concurso específico por incluir puestos genéricos, no indiferenciados del resto de puestos, que no justificaban excepcionar la regla general de provisión por concurso ordinario. Sin embargo, la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, recurso núm. 49/2013) prescinde de esa diferenciación de naturaleza de los puestos, que dependería del ejercicio de la potestad de autoorganización al configurar las relaciones de puestos de trabajo respectivas, y viene a señalar que la especificidad de los puestos que ampara la decisión administrativa de proveerlos mediante concurso específico, primero, no se establece en la relación de puestos de trabajo sino en la propia convocatoria y, segundo, «la opción por el concurso específico se reserva para aquellos puestos que por las especificaciones derivadas de las funciones a realizar y las tareas o responsabilidades que lo caracterizan, a juicio del órgano administrativo convocante, deban ser incluidos en un concurso específico, a fin de garantizar de manera más precisa la idoneidad del funcionario que finalmente resulte adjudicatario para el desempeño del puesto convocado».

E) Redistribución de efectivos

Mediante Decreto de 28 de junio de 2011 del Concejal Delegado de Economía y Hacienda, Interior y Contratación del Ayuntamiento de la Unión, se decidió efectuar una redistribución de efectivos en la plantilla de personal municipal al amparo directo del art. 81.1 del EBEP. Este precepto regula la movilidad del personal funcionario de carrera, señalando que cada Administración Pública, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, y sin perjuicio del derecho de los funcionarios a la movilidad podrá establecer reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios públicos cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos. Sin embargo, la **STSJ de Murcia, de 31 de mayo de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, recurso núm. 45/2013), considera que dicho artículo no es aplicable hasta que no se lleve a cabo su desarrollo por las normas oportunas en materia de función pública (como ha señalado la resolución de la Secretaria General para la Administración Pública de 21 de junio de 2007, por la que se publican las Instrucciones, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos).

F) Cese en supuestos de adscripción provisional

Siendo la remoción o el cese en un puesto de trabajo obtenido por concurso o libre designación uno de los supuestos previstos en la normativa para proceder a la adscripción provisional de un funcionario a otro puesto de trabajo, lo cierto es que la normativa no suele recoger las causas de finalización de esa adscripción provisional, fuera de la que se deriva de la provisión ordinaria del puesto en cuestión a resultados del procedimiento fijado para el mismo (concurso o libre designación). De ahí lo destacable y discutible de la **STSJ de Madrid, de 19 de junio de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, recurso núm. 55/2013), que considera que, en los casos en que el funcionario adscrito provisionalmente a un puesto, proviniera a su vez de un puesto de trabajo asignado previamente por libre designación, serían plenamente asimilables las condiciones establecidas para el cese en este sistema, pudiendo llevarse cabo de forma discrecional, siendo suficiente a efectos de su motivación la invocación de la competencia para acordarlo de conformidad con el artículo 58.1 RD 364/1995 (cese en puesto de libre designación). Para la Sentencia, a ello no obstaría lo establecido en el artículo 72.2 de dicha norma, según el cual los puestos cubiertos mediante adscripción provisional se convocarán para su cobertura con carácter definitivo por los sistemas previstos en las relaciones de puestos de trabajo, «pues este precepto no impide que el cese de los funcionarios en adscripción provisional se produzca antes de que se convoque su cobertura con carácter definitivo».

4. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) Servicios especiales: pago de cotizaciones a mutualidades obligatorias de funcionarios locales en situación de servicios especiales por devenir Concejales de una Corporación local

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 14 de junio de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, recurso núm. 38/2013), asume

la interpretación de la sentencia recurrida para identificar la Administración obligada al pago de las cotizaciones a mutualidades obligatorias de funcionarios locales en situación de servicios especiales a resultas de su elección como Concejales de una Corporación local, aprovechando para explicar la razón de ser de este supuesto de hecho como causante de tal situación.

Conforme a lo establecido en el art. 74 de la Ley 7/1985, de 2 Abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, los miembros de las Corporaciones Locales quedan en situación de servicios especiales cuando sean funcionarios de la propia Corporación para la que han sido elegidos y ello porque el cargo de Concejal es, en todo caso —y tanto si se presta en régimen de dedicación exclusiva como sin ella— incompatible con la condición de funcionario o personal en activo del Ayuntamiento respectivo, debiendo optar los incursos en causa de incompatibilidad entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación de empleado en activo que da origen a la incompatibilidad. Como es sabido, en situación de servicios especiales la retribución a percibir es la del puesto o cargo que efectivamente se desempeña, no cabiendo imponer además a los Ayuntamientos la dedicación exclusiva de ningún Concejal, ya que ello vulneraría la autonomía municipal. Las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los miembros de las Corporaciones Locales tratan de garantizar la separación de poderes y funciones en el Estado de Derecho, así como la objetividad, imparcialidad y eficacia del órgano y la transparencia en la actuación. Al preverse el paso a la situación de servicios especiales, la relación de carácter funcional queda en suspenso mientras el funcionario desempeña el cargo público para el que ha sido elegido ya que su trabajo es claramente incompatible con su nueva condición de Concejal, y —por ello— de imposible prestación. Y es obvio que así como durante la suspensión de un contrato de trabajo no se trabaja y no hay derecho a la retribución, el funcionario en situación de servicios especiales sólo recibe las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeña. Para la Sentencia, la situación resultante puede, ciertamente, ser desventajosa para el funcionario, pero se funda en la aceptación voluntaria de un cargo que es incompatible, resultando idéntica a aquella en que se encuentran todas las personas afectadas por incompatibilidad.

No obstante, la propia Ley de Bases de Régimen Local señala una excepción a la falta de obligaciones económicas de los Ayuntamientos en los que los funcionarios prestaban servicios antes de pasar a la situación de servicios especiales, excepción que hace referencia al pago de cotizaciones de Seguridad Social por los miembros de las corporaciones locales con dedicación parcial o exclusiva, cuando sean funcionarios de la propia Corporación para la que han sido elegidos o funcionarios de carrera de otras Administraciones públicas y desempeñen en la Corporación para la que han sido elegidos un cargo retribuido y de dedicación exclusiva. En ambos supuestos, las Corporaciones locales afectadas abonarán las cotizaciones de las mutualidades obligatorias correspondientes para aquellos funcionarios que dejen de prestar el servicio que motivaba su pertenencia a ellas, extendiéndose a las cuotas de clases pasivas. Por tanto, cuando el funcionario de una corporación local es miembro de otra distinta, pasará a la situación de servicios especiales, pese a lo cual, la Corporación de la que era funcionario continuará abonando las cotizaciones obligatorias a la mutualidad correspondiente, y con la posterior inclusión en el régimen general de la Seguridad Social, a la misma. Y esta situación no se altera cuando el miembro de la corporación local en que concurra la condición de funcionario

de otra corporación distinta, desempeñe los servicios con régimen de dedicación parcial o exclusiva, puesto que sólo las retribuciones correrán de cuenta de la Corporación de la que es miembro electo.

B) Servicios especiales: cargo directivo como supuesto habilitante de los servicios especiales

La **STSJ de Galicia, de 12 de junio de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, recurso núm. 160/2013) debe analizar si el cargo de Subdirector de Recursos Humanos y Vigilancia Competitiva en el *Instituto Galego de Promoción Económica* (IGAPE), que es una sociedad de capital pública participada por la Xunta, ampara el pase a la situación de servicios especiales. La Administración consideraba que no, pues el supuesto de «cargo directivo» del art. 54.20 de la Ley 1/2008 de la Función Pública de Galicia que lo establece no puede venir determinado por el simple Acuerdo del Consejo de Administración del IGAPE que otorgue tal carácter al Subdirector, pues tales calificativos desplegarían su eficacia «ad intra» pero sin poder vincular a la legislación gallega de función pública. Además, la situación de servicios especiales sería un supuesto extraordinario que ha de ser objeto de interpretación restrictiva. Por ello, para la Administración la situación administrativa en la que hay que declarar al funcionario sería la de excedencia por prestar servicios en otra Administración o ente público prevista en el art. 57.1 de la Ley de Función Pública gallega.

La Sentencia, en cambio, parte de dos premisas: en primer lugar, y con carácter general, afirma que «la condición de servicios especiales no es una situación excepcional que deba ser objeto necesariamente de interpretación restrictiva sino una situación especial que, al igual que la de excedencia por incompatibilidad, debe ser aplicada en sus justos términos»; y, en segundo lugar, que el art. 87 del Estatuto Básico del Empleado Público deja en manos de la Administración autonómica la precisión de los cargos que comportan la situación de servicios especiales por prestación de tareas en el sector público autonómico, cosa que la Ley gallega lleva a cabo mediante el concepto de «cargo directivo», que obliga a analizar cada cargo en cuestión para analizar si concurren las circunstancias que permitan determinar si presenta naturaleza directiva o no.

En el caso en cuestión, la Sentencia considera que los datos aislados negarían ese carácter directivo, pero tomados en su conjunto llevan al Tribunal a afirmarlo y a reconocer, por tanto, el derecho del funcionario a ser declarado en situación de servicios especiales. Tales datos serían: primero, la calificación como directivo del cargo en cuestión en el reglamento interno de organización del Instituto (que recibió el visto bueno de la Administración matriz); segundo, la especial responsabilidad, competencia y relevancia de funciones del cargo (criterios que utiliza la Ley 16/2010 de 17 de Diciembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del sector público autonómico de Galicia para considerar determinados puestos como directivos); tercero, el hecho de que el RD 451/2012, de 5 de Marzo sobre régimen retributivo del sector público empresarial extienda su régimen al personal directivo que tenga tal carácter según la Relación de Puestos de Trabajo, lo que abunda en su condición de cargo directivo, pues para la Sentencia «no puede sostenerse seriamente que solo son directivos a efectos retributivos pero no a efectos de situaciones administrativas, especialmente cuando las retribuciones

son la contraprestación equivalente de los servicios, de manera que un régimen retributivo propio de directivo debe corresponder a cargos igualmente directivos»; y, cuarto, la propia denominación del cargo como «Subdirector», pues revela que alude a quien en un ámbito empresarial hace las veces y sustituye o actúa como delegado de facto del Director, con funciones directivas, sin que pueda aceptarse en buena lógica que sólo el Director General las ejerce de forma exclusiva y excluyente cuando la propia entidad las ha configurado de forma vertebrada y calificado como directivas.

C) Servicios especiales: incremento del complemento de destino para igualarlo al de los Directores Generales de la Administración del Estado

Según el art. 87.3 in fine del EBEP, «las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos, miembros del Poder Judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o que hayan sido elegidos Alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, Presidentes de Diputaciones o de Cabildos o Consejos Insulares, Diputados o Senadores de las Cortes Generales y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Como mínimo, estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública». Al amparo del mismo, un funcionario del Estado solicitaba a la Administración General del Estado que le reconociera el correspondiente incremento del complemento de destino por haber desempeñado el cargo de Directora Insular de un Consell Insular. Sin embargo, aquella negaba dicho reconocimiento por cuanto el artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado no sería aplicable en los supuestos de cargos desempeñados por funcionarios del Estado en la Administración Local, pues dicho artículo 33.2 no sería un precepto no básico. Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha extendido la norma analógicamente en los casos de cargos autonómicos, al existir profundas similitudes entre la organización de la Administración Estatal y la de las Comunidades Autónomas, pero no con las Entidades Locales. Por su parte, el artículo 87.3 del Estatuto Básico del Empleado Público sólo se refiere a los Alcaldes con dedicación exclusiva y a los Presidentes de los Cabildos o de los Consejos Insulares.

La STSJ de las Islas Baleares, de 24 de junio de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, recurso núm. 729/2013), sin embargo, analiza el citado artículo 87.3 del EBEP, identificando dos requisitos para disfrutar del derecho al incremento retributivo que prevé: ostentar la condición de funcionario público de carrera y haber sido nombrado alto cargo. Tras analizar la normativa específica de los Consells Insulars, la Sentencia concluye que el cargo de Director Insular sí constituye un alto cargo a tales efectos. Rechaza interpretar restrictivamente el artículo 87.3 del EBEP a la luz de la jurisprudencia recaída sobre el art. 33.2 de la Ley 31/1990, pues aquel no es continuación de éste: el art. 33.2 de la Ley 31/1990 «sigue vigente para la Administración estatal, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Final 4.^a.3 de la Ley 7/2007, teniendo su ámbito de aplicación propio, correlativo a la diferente redacción en relación con el 87.3 de la Ley 7/2007, al cual ni sustituye ni deroga». Más aún, «si el artículo 87.3 EBEP quisiera restringir su aplicación

a los cargos equivalentes al de Director General lo diría expresamente, lo que no hace, dejando abierta la garantía que establece a los funcionarios públicos de carrera que hubieran sido nombrados altos cargos».

5. DERECHOS FUNDAMENTALES

A) **Libertad de asociación: Una ley autonómica no puede eximir de la colegiación a sus empleados públicos por no estar tal excepción prevista en la Ley estatal de colegios profesionales**

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente en varias de sus sentencias sobre la inconstitucionalidad de las normas autonómicas que eximen de la obligatoriedad de colegiación a determinados empleados públicos que ejercen su profesión exclusivamente por cuenta de la Administración sanitaria. Así ha sucedido, por ejemplo, con la **STC 123/2013, de 23 de mayo**. En este caso ha declarado la inconstitucionalidad de la disposición adicional sexta de la Ley canaria 2/2002, de 27 de marzo, en la medida en que había previsto que «los profesionales titulados vinculados con alguna de las Administraciones públicas canarias mediante relación de servicios de carácter administrativo o laboral que presten su servicio para la Administración en régimen de exclusividad, en el ámbito sanitario, no precisarán estar colegiados para el ejercicio de funciones puramente administrativas, ni para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de aquéllas. En estos casos, la Administración ejercerá la potestad disciplinaria sobre los mismos, En todo caso, estos titulados precisarán la colegiación para el ejercicio privado de su profesión».

El Tribunal ha analizado el inciso «ni para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de aquéllas», que se repetía también en otras normas autonómicas impugnadas, y ha considerado que vulnera la competencia estatal para determinar los supuestos de colegiación obligatoria y sus excepciones en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.1 y 18 CE. Sigue así el Tribunal la doctrina fijada en sus Sentencias 3/2013, de 17 de enero, 46/2013 y 50/2013, de 28 de febrero, y 63/2013, de 14 de marzo. En esta última, por ejemplo, declaró el Tribunal que *«la exigencia de la colegiación obligatoria para el ejercicio de una determinada profesión y, en consecuencia, sus excepciones, constituyen, además, una condición básica que garantiza la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales ex art. 149.1.1 CE. Guarda una relación directa, inmediata y estrecha con el derecho reconocido en el art. 35.1 CE en el que incide de forma directa y profunda, y constituye una excepción, amparada en el art. 36 CE, a la libertad de asociación para aquellos profesionales que, para poder hacer efectivo el derecho a la libertad de elección y ejercicio profesional, se ven obligados a colegiarse y, por tanto, a formar parte de una entidad corporativa asumiendo los derechos y deberes que se imponen a su miembros y a no abandonarla en tanto en cuanto sigan ejerciendo la profesión»*.

A partir de este análisis ha concluido en todas ellas que *«el inciso impugnado, al eximir de la colegiación obligatoria a los empleados públicos, cuando ejercen la profesión por cuenta de la Administración, establece una excepción no contemplada en la Ley estatal de colegios profesionales»*. Pues, *«siendo competente el Estado para establecer la colegia-*

ción obligatoria [con arreglo a los arts. 149.1.18 y 36 CE, en relación con el art. 149.1.1 CE], lo es también para establecer las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que puedan verse afectados».

B) Derecho a la igualdad en el acceso a la Función Pública: Ampara también al funcionario de carrera que pretende acceder a otra Administración a través de pruebas selectivas libres

El **Auto del TS de 6 de junio de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, ha admitido el recurso de casación presentado por una funcionaria que había sido excluida de un proceso selectivo en otra Administración. La Sala analiza el alcance del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos del art. 23.2 de la Constitución a propósito de la excepción prevista en el art. 86.2 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La Sala ha venido inadmitiendo aquellos recursos de casación referidos a procesos selectivos para ingreso, por promoción interna, en las Administraciones Públicas en las que el vínculo funcional era preexistente, toda vez que la posible superación de dichas pruebas selectivas no suponían la constitución «ex novo» de la relación funcional. Es decir, no se producía ni el nacimiento ni la extinción de la relación de servicios sino una modificación o variación de un único vínculo funcional ya existente. La misma solución ha dado cuando se ha tratado de concursos de traslados en los que los participantes ostentaban la condición de personal estatutario fijo. En el caso analizado, sin embargo, no se trata de un concurso de traslados ni de una promoción interna de funcionarios de carrera, sino del acceso del funcionario a la función pública en otra Administración Pública. Por ello, la Sala concluye que *«no puede excluirse válidamente —so pena de vulnerar el artículo 23.2 de la Constitución que consagra el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos— a quien ostente la condición de personal estatutario fijo e incluso pertenezca a la misma especialidad pero en otro Servicio autonómico de Salud».*

El acceso a la función pública autonómica depara una nueva relación estatutaria que no puede cercenarse por el hecho de que el interesado ostente la condición de personal estatutario en otra Comunidad, de suerte que la cuestión controvertida afecta al nacimiento de la condición de funcionario de carrera, toda vez que la eventual superación de las pruebas selectivas en las que tomó parte no determinaría una modificación o variación del vínculo funcional ya existente, sino que, por el contrario, supondría la constitución «ex novo» de una nueva relación de empleo público diferente de la que ya mantenía.

C) Derecho a la libertad sindical: No se vulnera por la exclusión de la Mesa Sectorial Nacional de Sanidad de un sindicato que no acredita su representatividad

La **SAN de 3 mayo de 2013**, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, ha desestimado el recurso presentado por violación de derechos fundamentales de un sindicato que había sido apartado de la Mesa Sectorial Nacional de Sanidad. Para la resolución del caso analiza la Sala qué sindicatos están legitimados para formar parte de la mesa de

negociación y dicha legitimación recae exclusivamente en aquellos que ostentan la condición de sindicato más representativo a nivel estatal, o bien de sindicato más representativo a nivel de comunidad autónoma (artículo 33 del EBEP).

La representatividad viene determinada por una especial audiencia en las elecciones sindicales, que se cifra legalmente en la obtención de determinados porcentajes de delegados sindicales (10% en el nivel estatal y 15 % en el nivel de Comunidad Autónoma (artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985). Sin embargo, según las certificaciones aportadas en el proceso se observa que en ninguno de los niveles el sindicato recurrente ha obtenido el porcentaje de delegados sindicales que le hubieran hecho acreedor de la condición de sindicato más representativo, otorgándole la posición institucional que reclama, en orden a integrarse en órganos con facultades de negociación. Por tanto, a la vista de este dato objetivo la SAN desestima el recurso.

6. DERECHOS COLECTIVOS

A) Negociación colectiva: La letra a) del art. 37.2 del EBEP no resulta aplicable al personal laboral de la Administración en lo relativo a la obligación de negociar la creación de nuevos puestos de trabajo

El Tribunal Supremo ha casado la STSJ del País Vasco que había anulado determinados aspectos de una RPT porque se habían creado varios puestos de trabajo de personal laboral que no habían sido objeto de negociación con los sindicatos. La representación del Gobierno alegaba la infracción del convenio colectivo del personal laboral de la Administración vasca en la medida en que para la modificación de la relación de puestos de trabajo había previsto simplemente un trámite de consulta previa y no de negociación. La sentencia de instancia, sin embargo, había aplicado a la modificación de la RPT las mismas reglas que establece la letra a) del art. 37.2 del EBEP para la negociación funcional.

Efectivamente, la **STS de 6 de mayo de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, considera que no cabe entender que el Convenio Colectivo referido en la sentencia recurrida, en el que respecto de las modificaciones de la RPTs establece simplemente el trámite de consulta, no el de negociación, pueda incurrir en ninguna contradicción en el art. 37.2.a), párrafo 2.º del EBEP, desde el momento en que según la Sala dicho precepto no es aplicable al caso, siéndolo el art. 32 del mismo texto legal, que remite a la legislación laboral. Y si conforme a ésta existe un Convenio Colectivo, que de principio tiene la cobertura constitucional prevista en el art. 37.1 de la Constitución, no cabe sostener que este precepto constitucional pueda resultar violado cuando, como declara la sentencia recurrida, el art. 8 de dicho Convenio establece para las modificaciones de las RPTs, el trámite de consulta y no el de negociación. Por el contrario, la traslación de la exigencia de negociación al ámbito regido por ese Convenio, no prevista en él, y establecida para los funcionarios, que es lo que ha hecho la sentencia recurrida, supone la vulneración del art. 82 de la LET y la del Convenio.

Recuerda el Tribunal que *«el Convenio mismo nace de una negociación entre la Administración y la representación sindical, por lo que en la medida en que exista una base implícita común a la negociación colectiva de funcionarios y laborales, en cuanto*

empleados públicos, que discurre sin embargo por cauces negociadores distintos, tal base implícita no cabe duda que se ha observado. Y ello sentado, que entre la representación del organismo público y la sindical de los trabajadores, cuando no existe norma legal explícita que imponga la negociación colectiva de las modificaciones de RPTs en el ámbito regido y el Convenio, se establezca para tal supuesto exclusivamente la consulta, debe considerarse plenamente adecuado a derecho. Si se partiese de que, a efectos de negociación, una RPT de empleados laborales es una materia común a uno y otro tipo de empleados públicos, y por tanto beneficiaria por igual de la excepción, aunque literalmente no se diga, a la hora de encuadrar la negociación en la Mesa que corresponda, no encontraríamos cual pudiera ser. No podría serlo ni la regulada en el art. 34, expresamente referida a la «negociación colectiva de los funcionarios públicos»; ni la regulada en el art. 35, puesto que su apartado 1 remite a «las Mesas a que se refiere el artículo anterior», que, como se acaba de indicar, se refiere a funcionarios públicos».

B) Negociación colectiva: Es legal la decisión de trasladar a las Mesas Delegadas o sectoriales la misma composición que corresponde a la Mesa General

La cuestión relativa a la composición de las Mesas Sectoriales o delegadas no ha sido abordada directamente por el EBEP. Ante esta circunstancia caben dos posibles soluciones. La primera, que el ámbito de negociación de la Mesa Delegada coincida con el de los órganos de representación que integren la circunscripción electoral de que se trate, en cuyo caso la composición y la representación de aquella Mesa será la derivada de esos órganos de representación unitaria. La segunda, cuando tal coincidencia no se produce por estar el personal incluido en un ámbito electoral diferente del de negociación, como ocurre con los Ministerios que tienen personal en el extranjero o en órganos periféricos. La discordancia de ámbitos en este caso impide trasladar la representatividad a entornos distintos de aquellos en los que se ha conseguido.

Pues bien, este problema es el que analiza la **STS de 21 de junio de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, ante la impugnación presentada por la Federación Estatal de Trabajadores de la Administración Pública de la Confederación General del Trabajo del Acuerdo Administración-Sindicatos para la ordenación de la negociación colectiva en la Administración General del Estado, aprobado en el seno de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado el 20 de mayo de 2008. Su artículo 5 había previsto que «*como consecuencia del sistema electoral existente en el que los órganos de representación abarcan ámbitos de negociación concurrentes, la composición y representación de cada organización sindical en estas Mesas Delegadas será la que se corresponda con el que tuviera en la MGNAGE [Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado], salvo en los casos en que el ámbito de la Mesa Delegada de negociación coincida exactamente con los órganos de representación unitaria que integren el ámbito electoral que se trate, en cuyo caso la composición y representación será la derivada de aquellos órganos de representación unitaria*». Dicha disposición, según el sindicato recurrente, vulneraría su derecho a la libertad sindical, en su vertiente a la negociación colectiva, toda vez que excluye de la negociación colectiva a aquellos sindicatos que, aun no estando presentes en la Mesa General, si cuentan con el 10% de delegados de personal y miembros de comités de empresa y juntas de personal concretos de cada mesa sectorial.

Según la Sala, sin embargo, ante la falta de previsión legal, la decisión de trasladar a las Mesas Delegadas la composición que corresponde en la Mesa General es una medida objetiva, adecuada, razonable y proporcional, habida cuenta de que las Mesas Delegadas se crean por las Mesas Generales, de las que dependen. Por el contrario, sostener que debiera bastar un porcentaje superior al 10% en un determinado ámbito, aun inferior al de la mesa sectorial, para estar legitimado para participar la mesa sectorial, supondría reconocerle un plus de representación que la normativa no le otorga.

C) Negociación colectiva: la cláusula de desvinculación establecida en el art. 38.10 del EBEP también resulta aplicable al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado en el exterior

Así lo ha declarado la **STS de 24 de junio de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, al desestimar el recurso presentado por CC.OO frente a la decisión del Consejo de Ministros de suspender la vigencia de determinadas cláusulas del acuerdo sobre condiciones de trabajo para este especial categoría de personal laboral de la Administración que presta servicios en el exterior, en aplicación de lo dispuesto en el art. 38.10 del EBEP y en virtud de las dificultades económicas que atraviesa nuestro país. En concreto, de realizarse el proceso electoral en los términos previstos en el acuerdo suspendido hubiera supuesto un gasto valorado en 1.221.796 euros. Aunque posteriormente el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, adoptó importantes medidas que afectan a este colectivo, la Sala considera apropiada la aplicación de esta cláusula a pesar de la naturaleza laboral de este colectivo.

Como ya sostuviera el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de marzo de 2011, frente a la tesis del sindicato recurrente de que las condiciones de trabajo de este personal deberían negociarse como convenio colectivo, se falló que no es posible que el personal laboral en el exterior pueda tener un convenio colectivo, entre otras circunstancias, por las diferencias de prestación de los servicios profesionales en los países en que existen embajadas consulados y otras representaciones de España en el extranjero y por la ausencia de representantes sindicales y de elecciones sindicales en las distintas sedes. Nuevamente se ha basado el Tribunal en la absoluta singularidad de la materia regulada por el Acuerdo suspendido, toda vez que el personal laboral al que viene referido está al servicio de la Administración pero los contratos de trabajo se desarrollan en países extranjeros, lo que determina su sujeción a la legislación de cada uno de ellos que resulte de aplicación, cuyas normas imperativas de orden público prevalecen en cualquier caso. La incidencia de distintos ordenamientos jurídicos en virtud de la legislación aplicable en los respectivos países excede claramente del marco de un convenio colectivo.

D) Negociación colectiva: el acuerdo municipal por el que se crean en la plantilla presupuestaria varias plazas y puestos de trabajo ha de ser negociado

La **STSJ de Murcia de 31 de mayo de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, se ha vuelto a pronunciar sobre lo que ya supone una consolidada línea jurisprudencial: las potestades autoorganizatorias se han de negociar si afectan a las condiciones de trabajo del funcionario. En este caso, se anula por falta de negociación el Acuerdo

del Pleno del Ayuntamiento de Murcia por el que se crean en su plantilla presupuestaria varias plazas y puestos de trabajo, se fijan las hojas de descripción de funciones específicas de los mismos y se modifican las partidas presupuestarias necesarias para dotar con los créditos adecuados el contenido del acuerdo.

En este sentido, como ha matizado la **STS de 4 de junio de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, a propósito de la negociación de la creación de nuevos puestos de trabajo, *«lo determinante para considerar preceptiva la negociación colectiva previa es que la concreta actuación de la Administración afecte o tenga repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos; esto es, que tenga un contenido sustantivo y una incidencia en la ordenación de las condiciones de trabajo, en el bien entendido de que, como se ha destacado también por el Tribunal Supremo, la mera referencia a aspectos relativos a esas condiciones de trabajo, sin entrar en su regulación ni en su modificación, no requiere de dicha negociación colectiva previa, ya que mencionarlos no significa entrar en su régimen ni variar su contenido»*.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
JESÚS A. FUENTETAJA PASTOR

XI. URBANISMO

SUMARIO

1. PLANEAMIENTO URBANISTICO.
 - A) **Nulidad de la reclasificación de un suelo rústico en suelo urbano industrial no consolidado.**
 - B) **Nulidad de la imputación de costes en un Plan Especial de Ejecución de Infraestructuras por ausencia de justificación del coste de las obras.**
 - C) **Sobre el ámbito temporal de la obligación de someter los planes urbanísticos a evaluación ambiental estratégica.**
 2. REGIMEN DEL SUELO.
 - A) **Distinción de los deberes de los propietarios de suelo urbano consolidado respecto de los de suelo urbano no consolidado.**
 3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.
 - A) **Delimitación de Unidad de Actuación.**
 - B) **Ejecución material de obras afectando a vía pecuaria.**
 4. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS.
 - A) **Terrenos destinados a sistemas generales que se encuentren clasificados como no urbanizables, o carezcan de clasificación específica, procede valorarlos como urbanizables siempre y cuando se destinen a «crear ciudad». La Jurisprudencia sobre sistemas generales contempla la posibilidad de que existan soluciones diferentes, incluso en relación con diferentes tramos de un mismo proyecto, siendo lo relevante que el sistema general esté destinado a crear ciudad.**
-

1. PLANEAMIENTO URBANISTICO

- A) **Nulidad de la reclasificación de un suelo rústico en suelo urbano industrial no consolidado**

La STS de 5 abril 2013 (RJ 2013, 3553) estima el recurso de casación y anula la modificación puntual de unas normas subsidiarias consistente en la reclasificación en suelo urbano

industrial no consolidado de un suelo rústico en el que se ubican antiguas instalaciones industriales.

Esto no es posible, a juicio del Tribunal, porque la realidad fáctica de la zona no reviste las condiciones legal y jurisprudencialmente exigibles para poder ostentar dicha clasificación. Los terrenos no tenían siquiera previamente la consideración de suelo urbanizable. Por ello estima que se sobrepasan los límites de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de planeamiento.

Aparte de la decisión en sí, el interés de esta Sentencia reside en la recopilación de abundante jurisprudencia que contiene sobre este punto.

B) Nulidad de la imputación de costes en un Plan Especial de Ejecución de Infraestructuras por ausencia de justificación del coste de las obras

En la STS de 5 abril 2013 (RJ 2013, 3235), el Tribunal considera que la actuación prevista por el plan especial (saneamiento público, alcantarillado, depuración de aguas residuales y otras) está debidamente justificada. No así, en cambio, la imputación de costes totales según vertidos, por viviendas equivalentes y por caudales de cálculo, sin hacer mención al origen de esos datos en la memoria del plan. La falta de explicación de las razones que determinan semejante decisión discrecional conlleva, según el Tribunal, un menoscabo para los derechos de los ciudadanos, que no pueden cuestionarlos:

La cuestión relativa a la imputación del coste financiero de la infraestructura proyectada por el plan especial, efectivamente, podía o no haberse incluido en dicho plan, pero, una vez establecida, ha de estar justificada pues constituye una parte relevante del instrumento de planeamiento, por su evidente repercusión en la esfera patrimonial de los propietarios afectados por la actuación. Por ello, la norma aprobada debió poner de manifiesto, justificar, el origen de los datos utilizados para efectuar el cálculo del coste que traslada a los ámbitos afectados. En relación con esta cuestión, debemos recordar que el plan especial aprobado constituye un instrumento urbanístico de desarrollo (artículos 50 a 52 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid) que debe incluir la justificación de su propia conveniencia y de su conformidad con los instrumentos de ordenación del territorio y del planeamiento urbanístico vigentes sobre su ámbito de ordenación.

Por tanto, la ausencia de justificación de los caudales y costes asignados por el plan especial nos lleva a declarar la nulidad de pleno derecho de la norma impugnada en el extremo relativo a la «imputación de costes», a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la LJC.

C) Sobre el ámbito temporal de la obligación de someter los planes urbanísticos a evaluación ambiental estratégica

Un problema recurrente en recientes sentencias ha sido la aplicación de la DT 1.^a de la Ley 9/2006, de 28 de abril, que traspone en España la Directiva 2001/42/CE de 27 de junio, sobre evaluación ambiental estratégica. Como explica la STS de 5 abril 2013 (RJ 2013, 3235),

«la necesidad de esta evaluación se aplicará a los planes «cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004 (apartado 1), y a aquellos «cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior al 21 de julio de 2004 y cuya aprobación, ya sea con carácter definitivo, ya sea como requisito previo para su remisión a las Cortes Generales o, en su caso, a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, se produzca con posterioridad al 21 de julio de 2006 (apartado 2). Esta peculiar frontera cronológica, que establece la norma transitoria transcrita en parte, se basa en el artículo 13 de la citada Directiva que establece ese límite temporal para su transposición y establece las normas de derecho transitorio aplicables en coherencia con esa delimitación cronológica».

Por este motivo considera que debió someterse a evaluación estratégica un plan especial de infraestructuras aprobado definitivamente el 19 octubre de 2006.

En esta misma línea, la STS de 25 abril 2013 (RJ 2013, 4051) confirma la nulidad de un plan parcial de un sector de suelo urbanizable no programado aprobado definitivamente por el pleno municipal el 9 de enero de 2007.

La STS de 20 marzo 2013 (RJ 2013, 4176) casa la sentencia de instancia y anula una modificación puntual del PGOU, consistente en la construcción de un campo de golf municipal, por falta de evaluación ambiental estratégica, ya que la aprobación inicial del ayuntamiento fue el 30 de diciembre de 2005 y el acuerdo del Consejo de Gobierno de Madrid fue el 27 de septiembre de 2007.

Además de recopilar los pronunciamientos precedentes sobre este tema, esta Sentencia analiza el régimen del Informe de Análisis Ambiental contemplado en la Ley madrileña 2/2002, de 19 junio, «de evaluación ambiental», para concluir que no puede sustituir a la evaluación estratégica pues ni por su contenido ni por su procedimiento pueden ser equiparados.

2. REGIMEN DEL SUELO

A) **Distinción de los deberes de los propietarios de suelo urbano consolidado respecto de los de suelo urbano no consolidado**

Al hilo del enjuiciamiento de la validez de un PERI, la STS de 5 abril 2013 (RJ 2013, 3345) analiza la posición jurídica de los propietarios de suelo urbano consolidado y los de suelo urbano no consolidado, en lo que se refiere a los deberes que deben asumir. En concreto, los de realizar cesiones, distribuir beneficios y cargas, costear la urbanización o edificar los solares, que no alcanzarían a los primeros propietarios.

Admite el propio Tribunal que sobre la interpretación del art. 14 de la Ley 6/1998 han existido en el pasado dos líneas jurisprudenciales paralelas y diferentes. No obstante, la mayoritaria que ha terminado por imponerse que sería esta:

«Y, de otro, podemos citar el otro grupo de sentencias que consideran que aunque es posible actuar sistemáticamente en suelo urbano por unidades de actuación y a cargo de los propietarios, sin embargo no puede exigirse a estos, que ya cedieron y costearon la urbanización, mejoras y reformas sucesivas y reiteradas, a modo de «urbanización inacabable

«, es decir, mediante la imposición de actuaciones de mejora de servicios que no responden a nuevas concepciones globales urbanísticas, sino a cambios y mejoras puntuales de los servicios urbanísticos (Sentencias 10 de mayo de 2000 todas dictadas en los recursos de casación n.º 5289/1995, 5290/1995, 5291/1995, 7533/1995). Se añade en estas sentencias que ello no significa que el Ayuntamiento no pueda emprender tales obras ni que los propietarios no hayan de costearlas en la medida en que legalmente corresponda, pero sí que ello no puede hacerse como obligación impuesta por el ordenamiento urbanístico. De aquí se deduce que la obligación de costear la urbanización que se impone a los propietarios de suelo urbano viene referida a las partes de suelo urbano que todavía no cuentan con los servicios urbanísticos y que sólo son suelo urbano por encontrarse en áreas consolidadas, pero no a los propietarios de suelo que cuenta con todos los servicios y en terrenos consolidados. La Ley 6/1998 así lo especifica claramente, al imponer la obligación de costear la urbanización sólo a los propietarios de suelo urbano no consolidado, según su artículo 14.2.e), estableciendo, por el contrario, para los propietarios de suelo urbano consolidado no costear la urbanización, sino «completar a su costa la urbanización necesaria para que los mismos alcancen, si aún no la tuvieran, la condición de solar», según su artículo 14.1. (En el bien entendido de que ese «alcanzar la condición de solar» sólo se produce una vez, y que, a partir de entonces, ya es suelo urbano consolidado).

Como vemos, el intento de aclaración está lejos de serlo, pues la expresión «consolidación» referida en las leyes unas veces al suelo, otras a la edificación y otras también a la urbanización debería ser sustituida para deshacer la inevitable confusión.

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Delimitación de Unidad de Actuación

El TS debe resolver en su sentencia de 16 de mayo de 2013 (Ar. 4236) el problema que se produce en la ejecución de una sentencia previa que anula la delimitación de una unidad de actuación por vulnerar el principio de equidistribución de los beneficios y de las cargas derivadas de la urbanización, dado que en la ejecución de dicha sentencia se mantiene la delimitación de dicha unidad de actuación, a lo que se opone la recurrente por entender que ello significa desconocer la nulidad que fue declarada en la sentencia previa.

A este respecto, el TS indica que, si la sentencia declara nula la unidad de actuación «no es porque considerase de todo punto inaceptable la existencia misma de esa unidad, sino porque la ordenación aprobada vulneraba el principio de equidistribución, Y siendo ello así, la aprobación de una nueva ordenación para esa unidad de ejecución no supone necesariamente el incumplimiento de la sentencia. Lo que habrá que dilucidar es si la nueva ordenación corrige, o no, aquella vulneración que determinó la anulación anterior» (F.J. 4.º).

En este sentido, la recurrente indica que la nueva delimitación de la unidad de actuación no modifica ni el perímetro ni el ámbito de suelo afectado, por lo que no corrige la vulneración de la equidistribución de beneficios y cargas, lo que para el TS, por sí sólo, no significa que se produzca el desconocimiento de dicho principio, pues pueden haberse introducido cambios en otros aspectos de la ordenación que subsanen los defectos, y de

hecho, así lo entiende el Tribunal, que se reafirma en los razonamientos del auto de ejecución de la sentencia previa donde se especifican que los cambios introducidos respecto al trazado de un vial y a la distribución de la edificabilidad corrigen dichos defectos, indicando además que la discrepancia del recurrente en cuanto a los cálculos y datos recogidos en ese auto busca que el TS revise la valoración de los elementos de prueba, en particular, de la prueba pericial realizada por la Sala de instancia, lo que «no tiene cabida en casación salvo que se justifique —lo que no ha sucedido aquí— que la valoración realizada por la Sala de instancia es irracional o arbitraria o ha vulnerado las normas que atribuyen valor tasado a determinados medios de prueba» (F.J. 4.º), y que determina que el TS desestime el recurso presentado.

B) Ejecución material de obras afectando a vía pecuaria

En la sentencia de 27 de marzo de 2013 (Ar. 3547), el TS debe resolver el conflicto que se produce entre un agente urbanizador y la Comunidad Autónoma demandada, en cuanto que el primero había realizado unas obras de urbanización que invadían parte del trazado de una vía pecuaria y la segunda había emitido una Resolución, ahora recurrida, que declaraba el archivo del expediente sancionador abierto al respecto pero ordenaba a dicho agente la ejecución de las obras necesarias para el restablecimiento de la continuidad del trazado de dicha vía pecuaria para usos ganaderos y demás usos compatibles.

A este respecto, el agente urbanizador había alegado tres argumentos que respaldaban, a su juicio, su recurso contra la Resolución autonómica dictada: en primer lugar, la argumentación menos interesante para nosotros, pues era una cuestión de mera prueba, ya que se centraba en dudar de la existencia de la vía pecuaria, indicando la falta de deslinde de dicha vía que, en todo caso, no se veía afectada por las obras afectadas, además que tal vía había sido objeto de prescripción adquisitiva y que no estaba inscrita en el Registro de la Propiedad y en el Catastro. En segundo lugar, más interesante, consideraba que la caducidad del expediente sancionador significaba también la caducidad de la orden de ejecución de las obras de reparación. Y en tercer lugar, porque consideraba que el agente urbanizador ahora recurrente no era el único responsable de las obras realizadas, pues éstas habían sido realizadas para desarrollar una unidad de actuación y derivaban de un convenio urbanístico en el que también eran partes el Ayuntamiento y varios propietarios colindantes como directamente afectados o propietarios de las fincas objeto de aquella unidad de actuación, insistiendo a este respecto que el mismo había recibido del Ayuntamiento y de los propietarios el encargo de realizar las obras, habiendo sido retribuido por los propietarios, como resultado de su acción urbanizadora, con un porcentaje de las parcelas resultantes de la urbanización, pero sin embargo, sólo dicho agente había sido el destinatario de la Resolución reparadora dictada por la Comunidad Autónoma.

En relación a estos argumentos, el TS indica que estamos en presencia de una orden de ejecución, que impone al agente urbanizador una obligación de hacer, es decir, la restauración de la vía pecuaria que había sido afectada por la actuación urbanizadora mediante la realización de las obras que fueran necesarias para ello. E indica que el agente urbanizador no niega que hubiera sido el ejecutor material de las obras de urbanización que causaron los daños a dicha vía, ya que así se deriva del expediente administrativo, y sobre todo, del convenio urbanístico suscrito, donde sin duda alguna el agente urbanizador se compro-

metía a realizar a su costa la completa urbanización de la unidad de actuación concreta, de lo que deriva su responsabilidad directa sobre las obras efectuadas.

Por ello, el TS considera que «resultaba innecesaria la presencia —en la tramitación del procedimiento administrativo como en el proceso judicial— de los propietarios colindantes con la vía pecuaria, ya que ellos no habían ejecutado materialmente las obras que habían afectado a la vía pecuaria, sino que su autor era el Agente Urbanizador, razón por la cual sólo la presencia de este en ambos procedimientos era inexcusable» (F.J. 4.º). Además, incide especialmente el TS en señalar que, cuando se iniciaron las obras de urbanización, «ya se había aprobado el proyecto de reparcelación, con el efecto de subrogación de las antiguas fincas por las nuevas parcelas resultantes», insistiendo en que «menos aún resultaba necesario ordenar la reposición de las actuaciones a cada propietario colindante, lo que además de no tener encaje legal por no ser ellos los responsables directos de las obras, sin duda habría obstaculizado la eficacia de la orden» (F.J. 4.º), indicando, por último, que dicha citación si hubiera sido necesaria en el supuesto de deslinde, pero no en el caso de autos, ya que la legitimación pasiva corresponde sólo a quien ha sido el responsable directo de las obras como agente urbanizador.

Por otro lado, el argumento sobre la inexistencia de la vía pecuaria que resulta afectada por las obras de urbanización también es rechazado por el TS, de acuerdo a lo ya dicho por la sentencia de instancia. De esta manera, recuerda el Tribunal que la Comisión Provincial de Urbanismo emitió informe favorable sobre la Modificación del Plan Parcial referido al sector afectado pero en el que se hacía especial alusión a la necesidad de tramitar la correspondiente autorización ante la Consejería de Medio Ambiente para desafectar el tramo de vía pecuaria afectado por tales obras de urbanización, informe que fue comunicado a las partes del convenio urbanístico, por lo que debía ser conocido por el agente urbanizador, extremo que no ha sido negado por el mismo.

Del mismo modo, el argumento de falta de deslinde es rechazado por el TS alegando que «era un hecho relevado de prueba, pues nadie objetó lo contrario» (F.J. 5.º), pero, además, indica que para recuperar el uso público de la vía pecuaria así como su integridad no se requiere el previo deslinde, ya que, según el art. 7 de la Ley estatal de Vías Pecuarias, que tiene carácter básico, es la Clasificación de las vías pecuarias la que determina su existencia así como sus características básicas en cuanto a anchura y trazado, clasificación que para la vía litigiosa se produjo por Orden Ministerial de 1955, de manera que los efectos propios de dicha clasificación permiten a la Administración ordenar la reposición de la vía al estado anterior de las obras realizadas, sin perjuicio de que será el oportuno deslinde el que determinará los contornos exactos de la vía en relación a las fincas colindantes y las posibles intrusiones en la misma. Si que matiza el TS que, si la orden de reposición ordenara la demolición de edificaciones, vallas o instalaciones ejecutadas en fechas remotas y cuya posesión hubiera sido pacífica por parte de los colindantes, circunstancias que no concurren en caso controvertido, aparecería como preciso la aprobación del deslinde previo, ya que afectaría a situaciones posesorias en los terrenos implicados.

En relación a la prescripción adquisitiva también alegada por el recurrente, considera el Tribunal que es un modo de adquirir la propiedad, no un hecho que deba ser probado, de manera que posee más un carácter jurídico que fáctico, sin perjuicio de que sea necesario el paso del tiempo requerido de posesión, y en lo relativo a la falta de inscripción de la vía controvertida en el Registro de la Propiedad y Catastro, indica el TS que ello no

es prueba de la inexistencia de la vía, es más, se puede encontrar una extensa legislación postconstitucional reguladora de bienes de dominio pública, que el Tribunal cita, en la que, influida por el principio de imprescriptibilidad de los bienes demaniales recogido en el art. 132. de la CE y de los principios de preservación del medio ambiente y utilización del suelo de acuerdo al interés general —arts. 45 y 47 CE—, «late el principio de prevalencia de la titularidad demanial sobre el contenido de los Registros Públicos» (F.J. 7.º).

Avanzando en las argumentaciones del recurrente, ya hemos comentado que resulta para nosotros más interesante la alegación de caducidad de la orden de ejecución de las obras necesarias para restaurar la vía pecuaria que, según el recurrente, debía acompañar la caducidad del expediente sancionador. A este respecto, el TS se remite al art. 130.2 de la LRJCA para resaltar «la independencia de la potestad sancionadora de la potestad de restauración de la realidad física alterada por actuaciones al margen del derecho y de la compatibilidad de ambas potestades» (F.J. 5.º), ya que dicho precepto indica que «las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados...», lo que posteriormente es confirmado por el art. 20.1 de la Ley 3/1995, estatal de Vías Pecuarias, que tiene carácter básico, y donde claramente se indica que el infractor deberá reparar el daño causado, con independencia de otras sanciones penales o administrativas que puedan proceder, y que dicha reparación debe ir encaminada a la restauración de la vía pecuaria al estado previo al hecho que ocasionó el daño.

Además, resalta el TS que, dado que la potestad sancionadora y la potestad de restauración son diferentes, también lo es su régimen jurídico, por lo que aquí respecta, en lo referido a plazos de caducidad, y que en el supuesto de vías pecuarias, al tratarse de bienes de dominio público, su ejercicio no está sometido a plazo, como indica el art. 55.2 de la Ley 33/2003, de 23 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y más aún, reitera que al tratarse de bienes de dominio público, el ejercicio de las medidas de restauración se reviste de especiales características dirigidas a la defensa del bien, deteniéndose especialmente en la obligación que las leyes reguladores de tales bienes, y ya citadas, atribuyen a las Administraciones Públicas en relación con la conservación y protección de los bienes demaniales, para lo cual les confieren diferentes prerrogativas.

En definitiva, y ya para concluir, todos los argumentos anteriormente vertidos llevan al TS a rechazar el recurso presentado por el agente urbanizador recurrente.

4. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

- A) Terrenos destinados a sistemas generales que se encuentren clasificados como no urbanizables, o carezcan de clasificación específica, procede valorarlos como urbanizables siempre y cuando se destinen a «crear ciudad». La Jurisprudencia sobre sistemas generales contempla la posibilidad de que existan soluciones diferentes, incluso en relación con diferentes tramos de un mismo proyecto, siendo lo relevante que el sistema general esté destinado a crear ciudad**

Este aspecto no es novedoso en nuestras crónicas, pero, sí merece un recordatorio dado el abundante número de Sentencias que nuestro Tribunal Supremo ha dictado desde el mes

de Marzo a esta parte del año. En su mayoría, estas Sentencias (más de 50 Sentencias) han recaído con relación al procedimiento de expropiación motivado por las obras del Proyecto «M-50 Autovía de Circunvalación a Madrid». En ellas, el T.S. concluye que en relación con el tramo que corresponde a los municipios del sur y del este de Madrid, la vía tiene carácter de integración en la malla urbana de Madrid, por tanto, creando ciudad en su configuración y dotación de servicios. Por todas ellas, puede verse, por ejemplo, los FF.JJ. 4 de las SsTS de 4 de Marzo de 2013 y 17 de junio de 2013 donde, de un lado, expresan lo siguiente:

«(...) la M-50 está recogida en la Orden del Ministerio de Fomento de 26 de mayo de 1.997 (publicada en el Boletín Oficial del Estado de 4 de junio) por la que, al margen del plan de carreteras estatal y por razones de urgencia y excepcional interés público de los proyectos, se aprueba la autovía de circunvalación de M-50. Allí se expresa que «como autopista urbana libre de peaje es un elemento fundamental para permitir los desplazamientos no radiales del área periurbana. Sin esta vía de conexión exterior de los itinerarios radiales se pondría la M-40 en una situación de congestión con el consiguiente coste social debido a las horas productivas perdidas en situaciones de atasco urbano. Los accesos a las terminales interurbanas de transporte interurbano de pasajeros y mercancías deben estar garantizados en Madrid, si quiere mantenerse una capital competitiva, eficaz, ágil e inserta en un territorio europeo de vías de gran capacidad, con tiempos de transporte adecuados y garantizados desde el origen hasta el destino de los viajes. Este excepcional interés público se añade a la reconocida urgencia para evitar la congestión del viario interior metropolitano», refiriendo en otro momento respecto de la M-50, que, «como hemos visto, se afirma que constituye una auténtica vía urbana que facilita los desplazamientos no radiales del área periurbana, conformando una estructura que configura el desarrollo de varios municipios para convertirse en una vía de transporte eminentemente urbana y por la que discurre una infraestructura constitutiva de un sistema general integrado en la malla urbana de Madrid y municipios limítrofes del sur y del este de la capital». Esta Sala ha mantenido, pues, la interpretación de la referida Orden del Ministerio de Fomento efectuada por la Sala de instancia en numerosas sentencias, que precisamente se ha efectuado en relación con el tramo que corresponde a los municipios del sur y del este, en el que se encuentran los terrenos objeto de expropiación, sin que la vía en cuestión pierda su carácter e integración en la malla urbana de Madrid y los municipios limítrofes, por el hecho de que en las cercanías de un concreto y limitado recorrido se encuentren instalaciones y asentamientos poco compatibles con el desarrollo urbano, circunstancias que afectarán, en su caso a ese posible desarrollo, pero que no alteran la finalidad, alcance y efectos de dicha infraestructura, que la configuran como una vía eminentemente urbana e integrada en la referida malla urbana».

Y, de otro lado, en los FF.JJ. 6 de las STS de 4 de Marzo de 2013 y 17 de junio de 2013, termina señalando:

«(...) Pues bien, las apreciaciones de la Sala de instancia sobre la concurrencia de las circunstancias que determinan la aplicación al caso de la doctrina de los sistemas generales y la valoración de los terrenos expropiados como urbanizables, son las mismas que se valoraron por esta Sala del Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de abril de 2009,

que las confirmaba (...), sin que en este motivo se aporten razonamientos o argumentos por la recurrente que deban mover a la Sala a un cambio de criterio respecto del mantenido en dicha sentencia y en otras muchas,(...), debiéndose significar al respecto, que ya en nuestra sentencia de 17 de noviembre de 2008 (rec. 5709/2007) se hace referencia a la condición no discutida de la M-50 como infraestructura urbana.(...)

Cabe reiterar,(...) lo que ya se indica en la sentencia de instancia, en el sentido de que no puede sostenerse con éxito que las circunstancias de una autopista la hacen incompatible con una finalidad urbana y ello tanto porque las expresiones autopista y autovía se utilizan al mismo tiempo en la norma, como porque la autopista podrá tener caracteres más o menos rígidos pero no conlleva por sí su inutilidad como dotación urbana y tampoco se comparte el argumento de que su destino principal sea el tráfico interurbano, pues esto se ve contradicho con las valoraciones que se indican en la sentencia de instancia y se han confirmado por esta Sala, sobre el carácter urbano de la vía y su incidencia en la conformación urbana y de los servicios de la ciudad de Madrid y municipios del entorno.(...)

No obstante, como contrapunto a estas consideraciones, podemos señalar la STS de 9 de Julio de 2013, relativa a las expropiaciones de unas fincas integrantes del proyecto Variante Sur Metropolitana Fase I de Vizcaya, en la que tras destacar (en su F.J. 3) que la Sentencia de instancia «razona de forma específica y con acierto la posibilidad de que existan soluciones diferentes en relación con diferentes tramos de un mismo proyecto», termina reiterando (en su F.J. 4) dos aspectos cruciales en su doctrina relativa a la valoración de los sistemas generales, que son los siguientes:

«(...) Resulta oportuno empezar por recordar que tanto la Ley 6/1998 como la jurisprudencia, recogida entre otras muchas en la Sentencia de 17 de noviembre de 2008 (recurso 5709/97), establecen que, como regla general, los terrenos se han de valorar conforme a su clasificación urbanística. Ahora bien, como excepción, en los casos en los que unos terrenos destinados a sistemas generales se encuentren clasificados como no urbanizables, o carezcan de clasificación específica, procede valorarlos como urbanizables siempre y cuando se destinen a «crear ciudad», salvo que, por reunir los requisitos señalados por el legislador, su clasificación como urbanos resulte obligada (dado el carácter reglado de la potestad del planificador en este punto).

Nuestra jurisprudencia, en lo que a las vías de comunicación se refiere, ha tenido cuidado de comprobar que se encontraban al servicio de la ciudad, incorporadas al entramado urbano, negando la aplicación sin más de aquella doctrina a las calzadas interurbanas, pues de otro modo se llegaría al absurdo de considerar urbanizable todo suelo sobre el que se proyecte establecer una vía de comunicación, incluidas las autopistas y las carreteras nacionales en toda su extensión, como indica la sentencia de 16 de junio de 2008 (recurso 429/05). Asimismo, hemos de tener en cuenta que, como señalaba la sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 2009 (recurso 1237/2005), carece de relevancia la circunstancia de que la obra en cuestión esté prevista en el Plan General de Ordenación Urbana, pues lo esencial no es que la infraestructura se incorpore al planeamiento, sino que esté destinada a crear ciudad. Y tampoco la mera cercanía o colindancia con suelo urbano o urbanizable delimitado puede considerarse un criterio determinante al respecto, pues tal y como ha señalado la jurisprudencia de esta Sala —SSTS, Sala Tercera, Sección 5.ª, de 14 de Junio del 2012 (rec. 2115/2010) y de 26 de enero del 2012 (rec. 3092/2009)— el

suelo urbano no puede expandirse indefinidamente por el simple juego de la colindancia o proximidad con zonas urbanizadas».

Tras ello, y en virtud de dicha doctrina, la STS de 9 de Julio de 2013 (en su F.J. 4) concluye que dicha Variante sirve a la ciudad, pero no la crea, expresándose en los siguientes términos:

«Se trata de una carretera de consideración supramunicipal o vía de comunicación interurbana, recogida por el planeamiento municipal debido al carácter integral de los Planes de Urbanismo, pero que no tiene una naturaleza urbanística en sentido estricto, ya que su aprobación y ejecución no es municipal, al traer causa de planes y programas sectoriales o de naturaleza territorial o de infraestructuras (en terminología de la jurisprudencia antes invocada, el sistema se ha «incrustado» en la ordenación municipal). El hecho de que sirva para descongestionar y desviar el tráfico pesado de la población no permite entender que contribuyen a crear ciudad sino preservar a la ciudad de la entrada de vehículos que circulan por la vía supramunicipal, en definitiva, sirve a la ciudad pero no contribuye a su creación».

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) **Enajenación del patrimonio local: enajenación de parcelas sobrantes.**
 - B) **Fin público al que se destinan los bienes demaniales: necesidad de tramitar un expediente para la mutación demanial.**
 - C) **Cesiones en uso de bienes privados a Entidades locales: reversión del uso de los bienes en caso de incumplimiento de las finalidades para los que se concedieron.**
 - D) **Potestades administrativas: requisitos para hacer efectiva la potestad de recuperación de la posesión.**
2. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) **Obras hidráulicas de interés general y planificación hidrológica: constitucionalidad de los preceptos recurridos relativos al contenido de informes municipales sobre la realización de obras hidráulicas de interés general y a la intervención subsidiaria del Gobierno en la elaboración de la planificación hidrológica.**
 - B) **Extensión del informe de las Confederaciones Hidrográficas sobre actos o planes con contenido urbanístico de las entidades locales o de las Comunidades Autónomas. No se trata solo de informar sobre la disponibilidad material del recurso (existencia cuantitativa) sino también sobre la disponibilidad jurídica.**
 - C) **Derecho administrativo sancionador. Validez de la Circular del Comisario de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 26 de septiembre de 2002 para valorar los daños al dominio público hidráulico en el marco de la anulación de la Orden 85/2008, de 16 de enero por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico mediante STS de 4 de noviembre de 2011.**
3. AGUAS MARÍTIMAS.
 - A) **Competencias concurrentes sobre el demanio costero.**
 - B) **El deslinde de costas.**
 - a) Desafectación de bienes del demanio costero.
 - b) Procedimiento.
 - 1) La falta de acta de replanteo es una irregularidad no invalidante que no genera indefensión.

- 2) Caducidad: cómputo y dies ad quem.
- 3) Caducidad: ampliación de plazo procedimental.

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes.

- a) Servidumbre de protección: ampliación de la extensión previo acuerdo expreso o tácito de las Administraciones autonómica y municipal.
- b) Servidumbre de tránsito: normativa anterior.

D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre.

- a) No cabe exigir concesión administrativa para la utilización de bienes que no han sido reconocidos como demaniales.
- b) Inicio del cómputo del plazo de duración del título concesional.
- c) Rescate concesional.
- d) Construcciones sin título sobre el demanio costero: recuperación de oficio y demolición.

E) Acuicultura y cultivos marinos.

4. MINAS.

- A) Cuando se pretenda ampliar una concesión de explotación de un recurso minero para abarcar otro recurso previamente no incluido en la misma, si el nuevo recurso no estuviese clasificado, ha de determinarse previamente en qué Sección corresponde incluirlo. Interpretación de los artículos 3 y 62.2 de la Ley de Minas. Consideración de las Juntas Vecinales titulares del terreno sobre el que se asienta la concesión de minera de explotación como interesados del artículo 31.1.b) de la Ley 30/1992.**
- B) Aunque el otorgamiento de una autorización o concesión administrativa para la explotación de yacimientos minerales se hace sin perjuicio de otros permisos y licencias que puedan ser necesarios para el desarrollo de la actividad, que han de otorgarse por los órganos competentes, el respeto a las competencias de otros órganos sectoriales, no puede impedir que los órganos competentes en materia de minas ignoren los impedimentos absolutos que existen en los demás ámbitos y que impiden la realización del proyecto minero, cuando tales impedimentos aparecen acreditados de forma palmaria y evidente.**

5. MONTES.

- A) Aprovechamiento de montes de utilidad pública. Valor de la costumbre en materia de aprovechamiento de pastos.**
- B) Constitucionalidad de ciertas limitaciones y condicionantes impuestas por la Legislación estatal de Montes estatal al ejercicio de competencias autonómicas que inciden en la materia.**

6. 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) Aplicación de las exacciones.
 - B) Aguas continentales: Régimen económico-financiero del transvase Tajo-Segura.**
 - C) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja.**
 - a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: cuantías.
 - D) Dominio público local.**
 - a) Tasas por utilización del dominio público local en general.
 - b) Tasas por utilización del dominio público local: hecho imponible.
 - E) Impuesto sobre Bienes Inmuebles.**
 - a) Dominio público-hidráulico.
 - F) Impuesto de Construcciones, Instalaciones y obras.**
 - a) Bienes públicos.
-

1. BIENES LOCALES.

A) Enajenación del patrimonio local: enajenación de parcelas sobrantes

Se ha dictado la **STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, num. 59/2013, de 30 de enero**, en la que se examina la legalidad de la enajenación como parcelas sobrantes de parte del terreno de una antigua acequia que compró el Ayuntamiento para evitar que su conservación supusiera una barrera dentro de la nueva ordenación urbanística de ese sector. Dicha acequia es soterrada y las parcelas sobrantes, que tienen forma irregular y reducida extensión, se ofrecen a cada uno de los titulares de las casas, cuyas puertas de acceso daban a la antigua acequia. El Tribunal entiende que, aunque no se hubiera seguido estrictamente el procedimiento previsto en el art. 7 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de calificación de los terrenos como parcelas sobrantes, el cumplimiento de los fines perseguidos por el mismo se deduce de una serie de decisiones aprobadas con anterioridad y actuaciones que se describen en la Sentencia. Por otra parte, el procedimiento de adjudicación tampoco fue irracional, de acuerdo con la exigencia establecida en el art. 115 del Reglamento de Bienes, puesto que se ofrece su compra a los dueños de casas cuyas puertas y ventanas daban a la antigua acequia y además se tienen en cuenta otras circunstancias objetivas mencionadas en la Sentencia.

B) Fin público al que se destinan los bienes demaniales: necesidad de tramitar un expediente para la mutación demanial

Se ha dictado la **STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, num. 339/2013, de 31 de enero**, en la que se enjuicia la legalidad del acuerdo municipal de cambio de destino de un edificio de dominio público en el que había una vivienda y un consultorio médico y en el que se pretendía cambiar la parte destinada a vivienda y

afectarla a otros usos asistenciales y sociales. La Sentencia citada considera legal dicho acuerdo por las razones que a continuación se indican, que había sido recurrido por el ocupante de dicha vivienda.

La primera cuestión que se plantea es la legalidad del acuerdo de modificación del destino por concurrir una causa de utilidad pública adoptado por la Corporación local y exigido por el art. 177.3 de la Ley de Administración Local de Aragón de 1999. En la Sentencia se considera irrelevante que hubieran votado a favor de dicho acuerdo concejales en los que pudiera concurrir una causa de abstención, al haber sido el resultado de la votación el mismo, si no se hubieran votado los afectados por tal causa, dado el número de concejales que votaron a favor de dicho acuerdo (art. 76 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985).

Y por lo que respecta a la concurrencia de una utilidad pública justificativa del cambio de destino y que se haya tramitado el oportuno expediente, en la Sentencia se considera probado la existencia de dicho expediente y sus fases y que el nuevo destino acordado —centralización en un edificio de todos los servicios sanitarios, asistenciales y sociales— es de utilidad pública por concurrir una finalidad pública. Además, el recurrente ocupante de la vivienda tampoco ha probado que tuviera título alguno de ocupación anterior.

C) Cesiones en uso de bienes privados a Entidades locales: reversión del uso de los bienes en caso de incumplimiento de las finalidades para los que se concedieron

Se ha dictado la STSJ de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, num. 751/2013, de 3 de mayo, en la que se examina la legalidad de la procedencia de la devolución del uso de un bien de propiedad privada cedido a una Entidad local para un determinado fin y que ha sido incumplido. La Sentencia considera inaplicable las disposiciones contenidas en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales para las cesiones de bienes en propiedad, puesto que la entidad privada no le había cedido a la Corporación local la propiedad del bien, sino únicamente su uso y si se habían incumplido las limitaciones contenidas en el acuerdo de cesión debía devolverse por la Entidad pública.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta la peculiaridad del caso. Así, sobre el bien cedido en uso la Entidad local realizó una construcción. En relación con esta cuestión la Sentencia ordena la devolución del bien íntegro con la construcción, si bien obligando a la entidad propietaria a compensar económicamente a la Entidad local, puesto que dicha construcción se realizó con consentimiento del propietario. Y, en segundo lugar, la construcción estaba destinada al servicio de radiotelevisión y quedó afectada por las sucesivas reordenaciones del servicio público de televisión; de ahí que la Entidad local cediera el uso de dicha construcción al ente público televisivo. La Sentencia considera anulable esta última cesión también con el fin de hacer efectiva la devolución de la primitiva cesión en uso.

D) Potestades administrativas: requisitos para hacer efectiva la potestad de recuperación de la posesión

Se ha dictado la STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, num. 85/2013, de 1 de marzo, en la que se examina la legalidad de

la recuperación de la posesión de un camino acordada por un Ayuntamiento; actuación que se considera correcta en la Sentencia citada. Para ello previamente se resume la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los requisitos exigidos para la procedencia de la potestad de recuperación de oficio y en la que se exige una previa posesión y la prueba de la misma; jurisprudencia que no se reitera por haberse expuesto en números anteriores de esta Revista.

Partiendo de esta jurisprudencia y los datos fácticos descritos en la Sentencia, se afirma que está probada la posesión previa del camino que se ha recuperado con los elementos obrantes en el proceso (certificación catastral a nombre del Ayuntamiento; pruebas fotográficas y declaraciones testificales del uso del camino hasta el momento en que se impidió, lo que dio lugar a la acción de recuperación de oficio del mismo). Por tanto, si bien se aprecian dudas en cuanto a la propiedad, la posesión del camino por parte de la Administración es clara y precisa, por lo que se desestima el recurso y ello sin perjuicio del pronunciamiento de la jurisdicción civil sobre la titularidad.

2. AGUAS CONTINENTALES

A) **Obras hidráulicas de interés general y planificación hidrológica: constitucionalidad de los preceptos recurridos relativos al contenido de informes municipales sobre la realización de obras hidráulicas de interés general y a la intervención subsidiaria del Gobierno en la elaboración de la planificación hidrológica**

La STC 104/2013, de 25 de abril, ponente Luis Ignacio Ortega Álvarez, vuelve a resolver cuestiones relativas al derecho de aguas, en este caso algunas precisiones añadidas por una Ley a dos preceptos Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto-legislativo 1/2001, de 20 de julio, relativos, respectivamente, a la realización, sin licencia, de obras hidráulicas de interés general y a la elaboración de la planificación hidrológica. En este caso el pronunciamiento deriva de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En concreto es el art. 122 de dicha Ley el que introduce la primera modificación recurrida en el art. 127 TRLA y el art. 129 el que hace lo propio mediante un nuevo inciso en el art. 41.3 TRLA.

En relación a lo relativo a las obras hidráulicas de interés general debe recordarse que el art. 127.1 TRLA prevé, dentro de un precepto que se titula «prerogativas de la obra hidráulica de interés general» la ejecución de dichas obras sin licencia municipal y el apartado segundo dispone la imposibilidad de que los órganos urbanísticos competentes dispongan la suspensión de la ejecución de dichas siempre que, entre otras cosas, se haya cumplido el trámite de informe previo. Pues bien, la Ley 62/2003 añadió a lo indicado que «el informe previo será emitido, a petición del Ministerio de Medio Ambiente o sus organismos autónomos, por las entidades locales afectadas por las obras. El informe deberá pronunciarse exclusivamente sobre aspectos relacionados con el planeamiento urbanístico y se entenderá favorable si no se emite y notifica en el plazo de un mes». Esto es lo recurrido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña porque piensa que

esa redacción es excluyente de las demás competencias municipales y además contrario al principio de autonomía local. El TC recuerda la doctrina anterior establecida en las Ss 40/1998 y 204/2002 así como en el Auto 25/2009 que se refieren a la constitucionalidad de la exención de licencia y su sustitución por el informe previo acerca de la adecuación de las obras previstas a los planes de ordenación urbanística. En esos términos el informe previo en cuanto a la regulación añadida por la Ley 62/2003 no es separable de los términos urbanísticos tradicionales lo que le lleva a concluir que es «lógico que el informe que se solicita a esos órganos municipales haya de referirse a tales aspectos», por lo que se desestima la impugnación.

Por otra parte se recurre un inciso del art. 41.3 TRLA, apartado que junto a los 4, 5 y 6 ha sido adicionado por la Ley 62/2003. En concreto lo que se discute es lo relativo a la «actuación subsidiaria del Gobierno en caso de falta de propuesta» de los planes hidrológicos de cuenca. El TC, recordando lo ya establecido por el mismo en relación a un precepto semejante en la STC 227/1988, fdo. jdo. 20 establece que tal precepto solo es legítimo si se refiere a la falta de propuesta de los planes hidrológicos de competencia de la Administración del Estado, pero no si se trata de extender su aplicación a los planes hidrológicos de competencia de las Comunidades Autónomas.

B) Extensión del informe de las Confederaciones Hidrográficas sobre actos o planes con contenido urbanístico de las entidades locales o de las Comunidades Autónomas. No se trata solo de informar sobre la disponibilidad material del recurso (existencia cuantitativa) sino también sobre la disponibilidad jurídica

La STS de 15 de marzo de 2013, n.º de recurso 5304/2009, aporta nuevas consideraciones sobre el contenido del art. 25.4 TRLA que dispone la necesidad de la existencia de un informe de las Confederaciones Hidrográfica previo a la aprobación de actos o planes de urbanismo por parte de las entidades locales o de las Comunidades Autónomas. Son ya muchas las Sentencias aparecidas sobre el particular y de varias se ha dado noticia en estas crónicas. De todas ellas resalta la progresiva evolución hacia la seriedad con la que se afronta la existencia de este informe que ha llegado a determinar la nulidad de la aprobación de actos o planes contra lo indicado en este informe (que en la práctica es, pues, vinculante) o en ausencia del mismo. Singular valor tienen también las Sentencias que han desautorizado alguna legislación valenciana que pone al mismo nivel el informe de las Confederaciones Hidrográficas que el que puedan realizar algunas entidades colaboradoras. De todo esto ya se ha hablado.

Ahora solo se quiere añadir lo que creo que es una importante adición proveniente de la Sentencia que se ha citado al comienzo de este apartado y en la que el TS reacciona contra un argumento de las Administraciones demandadas (la Generalidad Valenciana y el Ayuntamiento de Chelva) consistente en indicar que si hubiera recursos hídricos disponibles el informe debería ser necesariamente positivo. Frente a ello y en un párrafo del fundamento de derecho decimosegundo se dice con rotundidad lo siguiente:

«No podemos compartir este planteamiento. El bloque normativo antes transcrito establece que el informe de la Confederación Hidrográfica ha de versar sobre el aprovechamiento y disponibilidad de los recursos hídricos, y esa disponibilidad no puede verse

circunscrita a la mera existencia física del recurso, sino también a su disponibilidad jurídica, pues, cuando se trata de verificar si existe o no el agua para el desarrollo urbanístico pretendido, de nada sirve constatar que la hay si luego resulta que no es jurídicamente viable su obtención y aprovechamiento para el fin propuesto. En definitiva, el ámbito competencial de las Confederaciones Hidrográficas se extiende con toda legitimidad no sólo a la constatación técnica de la existencia del agua sino también a la ordenación jurídica de los títulos de aprovechamiento (de su obtención, disponibilidad y compatibilidad), y ambas cuestiones pueden y deben ser contempladas de forma inescindible, conjunta y armónica, cuando se trata de formar criterio sobre la disponibilidad del agua para la operación urbanística proyectada, de manera que no cabe atribuir carácter vinculante a una pero no a la otra».

C) Derecho administrativo sancionador. Validez de la Circular del Comisario de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 26 de septiembre de 2002 para valorar los daños al dominio público hidráulico en el marco de la anulación de la Orden 85/2008, de 16 de enero por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico mediante STS de 4 de noviembre de 2011

La STS de 14 de junio de 2013, recurso n.º 516/2011, confirma una sanción impuesta por el Consejo de Ministros por derivación de agua subterránea sin contar con la preceptiva autorización o concesión. Las cuestiones relativas a la discusión sobre la legalidad de la imposición de la sanción no merecen comentario específico pero sí el hecho de que la cuantificación de los daños al dominio público que acompañan a la sanción se basan en una circular del Comisario de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 26 de septiembre de 2002 para valorar los daños al dominio público hidráulico, circular que la Sentencia acepta en su aplicación al caso concreto produciendo la concreción que de esos daños se ha hecho aplicando los criterios de la Circular. (En el mismo sentido que esta Sentencia puede verse la posterior de 28 de junio de 2013, recurso 601/2011).

Pero en este punto es como comienza el interés de esta Sentencia porque el TS es consciente de la anulación, por falta del adecuado rango normativo, de la Orden 85/2008, de 16 de enero, por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y quiere resolver los posibles inconvenientes dialécticos que pudieran oponerse a su Sentencia por aceptar la validez de una simple Circular del Comisario de una Confederación Hidrográfica.

En este punto recuerda que la anulación de la Orden se produjo en cuanto que a través de la misma se establecen criterios para la determinación de los daños al demanio hidráulico como pauta para la tipificación de las infracciones administrativas, no en lo demás. Señala así, específicamente, que dicha OM mantiene su validez únicamente en cuanto actúa como parámetro y pauta de concreción del deber de indemnización de los daños ambientales que en dicha Orden se contempla. Y en este punto lleva a cabo un muy útil recuerdo de varias SsTS que han diferido en las consecuencias de la anulación de dicha OM. Se recomienda específicamente la lectura de esta parte del fdo. de derecho séptimo de la Sentencia comentada de la que se desprende lo variado que puede ser la jurisprudencia en cuanto a la valoración de las consecuencias de una única STS. Los sentimientos de inseguridad jurídica que todo ello produce son evidentes.

Pero ello no obsta a ciertas consideraciones de muy alto interés en la Sentencia que se comenta y entre ellas, las de los siguientes párrafos del fdo. jdo. 8.º de la misma alguna de cuyas frases se resalta tipográficamente:

«Pues bien, lo cierto es que la valoración corresponde al órgano sancionador y aunque resulta preciso establecer «criterios generales» al respecto, sin embargo declarada la nulidad de la ya citada orden ministerial que fijó tales criterios, en los términos antes expuestos, *ello no puede comportar la desaparición e inaplicación de todo el régimen sancionador previsto en el TR de la Ley de Aguas de 2001*. Habremos de estar, por tanto, al contenido de cada procedimiento sancionador para comprobar, primero, los criterios que se aplicaron para realizar la valoración, y determinar, después, si la proyección de los mismos al caso concreto resultan conformes a Derecho.

Téngase en cuenta *que ya el TR de la Ley de Aguas establece los criterios para la calificación de la infracción*, que atiende, ex artículo 117.1, a su repercusión en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, a su transcendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como al deterioro producido en la calidad del recurso».

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Competencias concurrentes sobre el demanio costero

En la extensa **SAN 12 junio 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 66/2012**, y al hilo del enjuiciamiento de una Orden Ministerial por la que se aprueba el proyecto de regeneración de una playa, se repasan diversas cuestiones relacionadas con el dominio público marítimo-terrestre, la mayor parte de ellas ya tratadas en anteriores números de esta REVISTA. Por esa razón solo se comenta ahora la referida en el FJ 7.º, relativa a la concurrencia competencial. En este caso concreto, el aludido proyecto implicaba la demolición de un edificio de astilleros que, a juicio de los recurrentes, estaba protegido por la declaración de interés etnográfico de la actividad desarrollada en los mismos (carpintería de ribera), realizada al amparo de la Ley autonómica de patrimonio histórico.

La Sala centra su argumento en dos cuestiones. La primera, en demostrar que el objeto de protección es la actividad en cuanto tal y no el edificio en que se realiza. Recuerda así que no es ése el único lugar en que se lleva a cabo, por lo que nada obsta que se prosiga con ella en el resto de emplazamientos actuales o en otros nuevos que se determinen y que no se vean afectados por aquel proyecto. La segunda y principal, en destacar el deber de protección y conservación del demanio que imponen al Estado el artículo 132 CE y el 46 Ley de Costas, como muestra de un interés público superior. Y que, llegado el caso —que no lo es—, justificaría su prevalencia sobre eventuales títulos competenciales autonómicos, sin perjuicio de la necesidad de desarrollar técnicas de coordinación, colaboración o cooperación. Los terrenos en los que se ubican los astilleros que la Orden considera demoler resultan precisos para las labores de recuperación y regeneración de la playa, motivo suficiente para no apreciar la desviación de poder alegada por los recurrentes.

B) El deslinde de costas*a) 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 misma, la remisión hecha por el artículo 4.5 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 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 del mismo, debiendo justificarse debidamente esta necesidad. Esto no sucede en supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN 25 junio 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 666/2010**, 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 innecesidad, a efectos en este último caso de proceder a la desafectación expresa conforme a lo dispuesto en el artículo 18.

b) Procedimiento

- 1) La falta de acta de replanteo es una irregularidad no invalidante que no genera indefensión

El replanteo consiste en la concreción definitiva sobre el terreno de la poligonal del deslinde, con señalamiento de los puntos de ubicación de los hitos o mojones correspondientes. El hecho de que no conste en el expediente el acta que justifique su celebración resulta una mera irregularidad no invalidante, pues no genera indefensión material al recurrente, exigida por el ordenamiento para acordar la nulidad postulada. En esta oportunidad, la realización del apeo en presencia de los interesados para mostrarles la delimitación provisional del demanio —cuyas actas sí se recogen—, las reseñas y fotografías de los vértices de la poligonal y los planos topográficos, todos ellos incluidos en el expediente, impiden atribuir el efecto invalidante pretendido a la resolución aprobatoria del deslinde (**SAN 10 julio 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 376/2011**).

- 2) Caducidad: cómputo y dies ad quem

Como recuerda la **SAN 10 julio 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 260/2011**, en procedimientos complejos y con gran número de afectados, como los deslindes de costas, exigir notificación personal a cada uno de ellos (suponiendo que ello fuera siempre posible) podría determinar su caducidad. Por esa razón, a los efectos de computar el plazo de veinticuatro meses señalado para la misma, ha de considerarse válida la notificación mediante publicación en el BOE, señalándose como *dies ad quem* esa fecha. Cosa distinta es que la notificación personal, como modo de evitar la eventual indefensión de su destinatario

permitiéndole ejercer sus derechos frente al acto que se le comunica, siga manteniéndose. Pero no cabe defender, como pretendían los recurrentes, la caducidad de un deslinde cuya resolución se publicó en el diario oficial antes de finalizar aquel plazo referido.

3) Caducidad: ampliación de plazo procedimental

Nada impide la ampliación excepcional del plazo para resolver el procedimiento de deslinde de costas, al amparo del artículo 42.6 LRJPAC. Sin embargo, no hay que olvidar que este precepto exige al efecto la concurrencia de una serie de requisitos, como son la existencia de un número de solicitudes o personas afectadas inasumibles para poder resolver en plazo, la imposibilidad de habilitar medios materiales y personales adicionales a los existentes, la motivación clara de la presencia de alguna de las anteriores y la propuesta razonada en este orden del órgano instructor. Ninguna de ellas acontece en el supuesto al que se refiere la **SAN 9 julio 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 599/2010**, concluyendo la Sala en que el verdadero motivo de la ampliación de plazo ha sido evitar, con el recurso a fórmulas estereotipadas, la caducidad de un expediente ralentizado durante largo tiempo.

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

a) *Servidumbre de protección: ampliación de la extensión previo acuerdo expreso o tácito de las Administraciones autonómica y municipal*

La servidumbre de protección recaerá, como regla general, sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar. No obstante, como determina el artículo 23.2 Ley de Costas, la citada extensión podrá ser ampliada por la Administración del Estado, de acuerdo con la de la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento correspondiente, hasta un máximo de otros 100 metros cuando sea necesario para asegurar la efectividad de la servidumbre, en atención a las peculiaridades del tramo de costa de que se trate. En ningún momento este precepto señala que la conformidad autonómica y municipal tenga que ser expresa, bastando con una aceptación tácita, deducida de actos concluyentes de las mismas. Esto es lo que sucedió en el supuesto enjuiciado por la **STS 11 junio 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 748/2011**. En esta caso, la ampliación de la extensión de la servidumbre derivó de la inclusión por la Administración de costas en la aprobación del deslinde de las determinaciones contenidas en el Plan de Ordenación del Territorio autonómico, al que el Ayuntamiento no formuló ninguna alegación o reparo. El acuerdo entre las tres Administraciones queda así suficientemente acreditado a juicio del Tribunal.

b) *Servidumbre de tránsito: normativa anterior*

El artículo 27 de la vigente Ley de Costas señala que la servidumbre de tránsito recaerá sobre una franja de 6 metros medidos tierra adentro a partir del límite interior de la ribera del mar. La misma servidumbre, con el nombre de «servidumbre de vigilancia del litoral», se contemplaba en la Ley de Puertos de 1928 y en la Ley de Costas de 1969, si bien

el punto de medida arrancaba desde la línea de mayor pleamar y, en el caso de que las mareas no fueran sensibles, desde la línea que determinasen las olas en los mayores temporales. En el supuesto sobre el que se pronuncia la **STSJ Galicia 27 junio 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4518/2011**, las obras litigiosas se llevaron a cabo cuando aquella línea de pleamar estaba fijada a diez metros de donde se sitúa en la actualidad el límite interior de la ribera del mar, y así consta en documentación administrativa, y así quedó también probado mediante prueba testifical. Se respetó, pues, la legalidad vigente, y si bien hoy la zona se encuadra en la servidumbre de tránsito, resulta de aplicación la Disposición Transitoria 4.^a.2.b Ley de Costas, que permite realizar obras de reparación, mejora, consolidación y modernización siempre que no impliquen aumento de volumen, altura ni superficie. Por esa razón, se acoge el recurso interpuesto y se anula la resolución administrativa que obligaba al recurrente a eliminar las estructuras (escaleras, verja, etc.) existentes sobre la zona.

D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre

a) *No cabe exigir concesión administrativa para la utilización de bienes que no han sido reconocidos como demaniales*

La exigencia de concesión para la utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre requiere, aunque parezca obvio recordarlo, que el bien a utilizar tenga esa consideración. Por esa razón, no se puede impedir la utilización particular de un terreno de propiedad privada que aún no ha sido declarado de dominio público con el argumento de que se va a iniciar un deslinde en esa zona. Y menos si, como en el supuesto analizado por la **STSJ Murcia 17 junio 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 544/2008**, han transcurrido más de siete años desde que se denegó al particular la autorización para realizar obras de conservación en su propiedad con el argumento expuesto. Se anula así la resolución administrativa y se declara el derecho del recurrente a que la Demarcación de Costas tramite la solicitud denegada a la mayor brevedad.

b) *Inicio del cómputo del plazo de duración del título concesional*

Reiterando una importante jurisprudencia ya consolidada, la **SAN 23 mayo 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 680/2011** recuerda que la fecha de inicio del cómputo del plazo las concesiones otorgadas al amparo de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Costas (en favor de los titulares de espacios en el demanio costero que hubiesen sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de aquella norma) será el día del otorgamiento del título, pero solo en los casos en que éste se hubiera solicitado dentro del margen de un año otorgado al efecto. En caso contrario, dicho inicio se señalará en la fecha de aprobación del deslinde.

c) *Rescate concesional*

La misma Sentencia declara nula una disposición del pliego de condiciones generales de la concesión referida a su rescate, en la medida en que contenía una remisión incondicio-

nada al artículo 89 Ley de Costas que, al establecer como criterio al efecto «el valor de las obras no amortizadas», resultaba inaplicable a este supuesto, en que dichas obras no existían. En este caso, reiterando jurisprudencia previa del TS y la AN, la Sala imple a la Administración la sustitución de aquélla por otra causa, que en todo caso tendrá que tener en cuenta el plazo de duración de la concesión que esté pendiente en el momento del rescate. Lo que no puede, como pretendía la recurrente, es establecer nuevos criterios de valoración y menos aún aceptar el ofrecido por la misma.

d) Construcciones sin título sobre el demanio costero: recuperación de oficio y demolición.

La **STS 18 junio 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 3030/2012**, recuerda que, frente a ocupaciones sin título del bienes integrantes del dominio público marítimo-terrestre, procede el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio, como modo permanente de tutela de la demanialidad. Los intereses generales —en este caso, que el dominio público esté libre— prevalecen sobre eventuales intereses privados —disponer de una casa de vacaciones—, sobre todo cuando ha quedado acreditado que éstos no son susceptibles de legalización, al haberse realizado las obras al margen de la legislación vigente al momento de su ejecución.

También se refiere a obras ilegales la **SAN 26 junio 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 769/2010**. En este pronunciamiento, la Sala rechaza que la declaración general como bien de interés cultural (BIC) de la sierra de Tramuntana en Mallorca implique que todos los bienes emplazados en la misma —en este caso, unas casetas guardabotes— participen de ella y, por esa razón, queden blindados frente a las determinaciones de la Ley de Costas. En estos supuestos, la eventual declaración de cada uno de ellos como BIC debería ser individualizada, y de hecho así ha sucedido en relación con otros elementos (molinos de agua, torrentes, etc.), pero no con las casetas referidas. Por esa razón, cabe considerarlas instalaciones sin título sobre el demanio público y, como tales, objeto de demolición.

E) Acuicultura y cultivos marinos

La realización de actividades de acuicultura marina requiere una concesión por parte de la Administración competente (autonómica) que, por ir anudada a una utilización privativa del demanio costero, exigirá para su otorgamiento y prórroga informe preceptivo y vinculante de la Administración estatal (artículo 112.d Ley de Costas). En el supuesto sobre el que se pronuncia la **STS 28 mayo 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 3529/2010**, la falta de prórroga de la concesión una vez vencido el plazo vino determinada precisamente por el informe negativo de la Dirección General de Costas, en consideración a la grave afección que causaba la actividad al demanio. Frente a ello, y en contra de lo pretendido por la recurrente, no cabe esgrimir ningún derecho a tal prórroga —la concesión no tiene carácter reglado— ni puede cuestionarse el carácter vinculante de dicho informe, que no se limita al momento del otorgamiento sino que se extiende también a la misma.

4. MINAS

- A) Cuando se pretenda ampliar una concesión de explotación de un recurso minero para abarcar otro recurso previamente no incluido en la misma, si el nuevo recurso no estuviese clasificado, ha de determinarse previamente en qué Sección corresponde incluirlo. Interpretación de los artículos 3 y 62.2 de la Ley de Minas. Consideración de las Juntas Vecinales titulares el terreno sobre el que se asienta la concesión de minera de explotación como interesados del artículo 31.1.b) de la Ley 30/1992**

En la **Sentencia de 8 de julio de 2013, (rec. núm. 6725/2010)**, el TS resuelve el recurso de casación interpuesto contra una Sentencia puesta por el TSJ de Castilla y León. La sentencia de instancia desestimaba el recurso interpuesto por una mercantil, titular de una concesión de explotación de un recurso minero de la Sección C) —«caliza griote»— contra la resolución del Director General de Energía y Minas de la Junta de Castilla y León que al estimar los recursos de alzada interpuestos por dos Juntas Vecinales de dos Entidades Locales Menores titulares de los terrenos sobre los que se asienta la concesión, declaró nula una resolución de la Delegación Territorial de León, que había aprobado un proyecto presentado por la primera sociedad para explotar dentro del perímetro de su concesión otro recurso minero denominado «caliza gris» o «caliza de montaña», que no había sido previamente clasificado.

La mercantil fundamentó el recurso de casación argumentando que de acuerdo con los artículos 3.1, 3.3, 22, 62.2 de la Ley de Minas la concesión de la que era titular abarcaba la explotación desde el principio todos los recursos de la Sección C) que se encontrasen en perímetro que abarca la misma. De tal suerte que cuando se localiza la «caliza gris», cuya explotación nunca había sido autorizada a las Juntas Vecinales como recurso de la Sección A), para poder explotarla únicamente debía poner en marcha el procedimiento recogido en el artículo 83 del Reglamento General para el Régimen de la Minería. Recordemos que éste determina qué ha de hacer el titular de una concesión de explotación de recursos de la Sección C) si le interesa el aprovechamiento en el mismo perímetro de otro u otros recursos distintos de los que motivaron el otorgamiento de aquélla. Establece que antes de iniciar los trabajos debe presentar en la Delegación Provincial el proyecto general de explotación de los nuevos minerales y la información complementaria a que se refiere el artículo 89 del Reglamento (esto es: informe detallado de la naturaleza geológica del yacimiento o criadero, investigaciones realizadas y resultados obtenidos, con expresión de los recursos y reservas; y estudio de factibilidad y proyecto de aprovechamiento del recurso o recursos de que se trate, que incluirá memoria sobre el sistema de explotación, esquema de la infraestructura, programa de trabajo, presupuesto de las inversiones a realizar y estudio económico de su rentabilidad y fuentes de financiación, con las garantías que se ofrezcan sobre su viabilidad). Hecho esto, la Delegación Provincial determinará si el nuevo recurso puede constituir objeto de la concesión de explotación, y, en caso afirmativo, propondrá a la Dirección General la variación pertinente de los términos de la concesión remitiendo con el correspondiente informe el título de la misma.

En el caso de autos, el TS entiende que el artículo 62.2 de la Ley de Minas debe interpretarse entendiendo que una concesión de explotación de recursos de la sección C) otorga a su titular el derecho al aprovechamiento de todos los recursos de la Sección C) que se encuentren dentro del perímetro de la misma, pero con la necesidad de que si se pretende la explotación de un nuevo recurso no previsto originariamente en la concesión éste haya sido previamente clasificado como de la Sección C). Aunque tal clasificación no requiera de un procedimiento autónomo, separado de aquél en que haya de aprobarse el proyecto de explotación del nuevo recurso la exigencia de la clasificación previa, se acomoda a lo dispuesto en el citado artículo 83 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, pues de él se desprende que en el procedimiento que se siga para ampliar la concesión al nuevo recurso ha de obrar la documentación precisa para poder afirmar que el nuevo recurso, por razón de su destino, uso y trabajos que requiera, o por sus circunstancias económicas, laborales y de comercialización, sí ha de ser incluido en la Sección C), así como también que el título de la concesión sea modificado incluyéndolo en su objeto.

Además, el artículo 3 de la Ley de Minas, no está reñido con el procedimiento descrito en el artículo 83 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, pues cuando determina que se integran en la Sección C) cuantos recursos no estén incluidos en las otras Secciones, se refiere a los recursos que sean objeto de aprovechamiento, y deja abierta la necesidad de que al descubrirse uno nuevo que pretenda ser explotado se despeje antes en qué Sección haya de ser incluido, determinando así qué derechos son los realmente existentes en orden a esa explotación.

De otra parte, la recurrente argumentaba que las Juntas Vecinales de las dos Entidades Locales Menores titulares de los terrenos sobre los que se asentaba la concesión no debían considerarse «interesados necesarios» en el sentido del artículo 31.1. b) de la Ley 30/1992. Considera que el artículo 62.2 de la Ley de Minas confiere al titular de una concesión para la explotación de recursos de la Sección C) el derecho al aprovechamiento de todos los recursos de esta Sección que se encuentren dentro de su perímetro, con la consecuencia de que las repetidas Juntas, lejos de tener «derechos» que pudieran resultar afectados por la ampliación de la concesión a la explotación de otros recursos, tenían sólo «intereses legítimos», siendo así «interesados» de la letra c) del artículo 31.1 a los que, por no haberse personado en el procedimiento en que se dictó esa resolución, no era obligado notificársela, computándose el plazo hábil para recurrirla en alzada desde su fecha y no desde que tuvieron conocimiento de ella; tales recursos de alzada se habrían interpuesto, por ello, extemporáneamente.

Contrariamente a esta interpretación, el TS entiende que un procedimiento en el que se decide si un recurso minero, distinto del que fue objeto de una concesión de explotación, ha de ser incluido en la Sección A) o en la C), concluirá con una resolución en la que pueden resultar afectados «derechos», y no sólo «intereses legítimos», del «dueño» (si son de propiedad privada), o del «titular» (si son patrimoniales), del terreno en que se encuentre aquel nuevo recurso, ya que el artículo 16 de la Ley de Minas, en sus números 1 y 2, les atribuye el aprovechamiento de los recursos de la Sección A) que ahí se hallen. El dueño del terreno o el titular de un derecho sobre el mismo es así, sin necesidad de haberse personado en el procedimiento, «interesado», tal y como dispone el artículo 31.1.b) de la Ley 30/1992.

- B) Aunque el otorgamiento de una autorización o concesión administrativa para la explotación de yacimientos minerales se hace sin perjuicio de otros permisos y licencias que puedan ser necesarios para el desarrollo de la actividad, que han de otorgarse por los órganos competentes, el respeto a las competencias de otros órganos sectoriales, no puede impedir que los órganos competentes en materia de minas ignoren los impedimentos absolutos que existen en los demás ámbitos y que impiden la realización del proyecto minero, cuando tales impedimentos aparecen acreditados de forma palmaria y evidente**

La STS de 5 de julio de 2013 (rec. núm. 4509/2010) desestima el recurso de casación en el que se impugnaba la sentencia del TSJ de Asturias que había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una Resolución de la Consejería de Industria y Empleo del Gobierno del Principado que acordaba la terminación del expediente para la regularización del derecho de aprovechamiento de la industria extractiva de la Sección A), denominada «La Ferrería», y se declaraba la caducidad del referido derecho de aprovechamiento de esa sección.

El motivo de casación invocado por el recurrente se basaba en que la sentencia de instancia habría ignorado el contenido del artículo 2.3 del Reglamento General para el Régimen de la Minería de 1978, porque no puede denegarse una autorización en materia de minas fundada en que el solicitante carece de otras licencias también necesarias para el ejercicio de la actividad.

El TS recuerda que, en efecto, el otorgamiento de una autorización, permiso o concesión administrativa para la explotación de yacimientos minerales y recurso geológicos se hace sin perjuicio de otros permisos y licencias que puedan ser necesarios para el desarrollo de la actividad, como es el caso de la licencia urbanística. En otras palabras, el otorgamiento de permiso o concesión minera no excluye la necesidad de obtener las demás autorizaciones o licencias que establezcan las respectivas normas sectoriales. Este es el sentido general que tiene la previsión del artículo 2.3 del Reglamento General para el Régimen de la Minería.

La confluencia de diferentes permisos o licencias de distintas Administraciones Públicas, o de varios órganos administrativos dentro de las mismas, sobre la misma actividad a desarrollar, precisa, con carácter general, que cada una aplique el régimen jurídico correspondiente a su ámbito sectorial, que tiene sus propios principios, su finalidad concreta y el específico interés público cuya tutela tiene encomendado. En consecuencia, se concederá el necesario permiso o licencia si concurren los presupuestos, legal o reglamentariamente establecidos, en dicha esfera sectorial, a los que se anuda su otorgamiento.

Cuando para la realización de una actividad se necesita la concurrencia de permisos o autorizaciones de varias entidades u organismos administrativos, cada uno con privativas y específicas competencias en razón de las finalidades de interés público que respectivamente tutelan y tales permisos se tramitan y conceden con independencia, es necesario que todos ellos concurren para que la actividad pueda desarrollarse legalmente, siendo obligación de cada entidad u órgano velar por el cumplimiento de la exigencia que a él atañe. Así, en casos en que puedan concurrir, por una parte, la competencia de los órganos del Ministerio de Industria y Energía para el otorgamiento de la concesión minera

cuando se dan los presupuestos que la condicionan, y por otra parte, la competencia de los órganos administrativos para otorgar las correspondientes licencias al objeto de que el uso del suelo no se aparte del destino previsto en el planeamiento, es necesaria la obtención de ambas autorizaciones o licencias para el ejercicio válido de la actividad, dando lugar su falta a que cualquiera de los citados entes u órganos actúen sus potestades para suspender tal actividad. Tal se determina, por lo que a la legislación minera se refiere en el artículo 116 de la Ley de Minas a favor del Ministerio de Industria en la esfera de la Administración Central.

Ahora bien, la regla general que acabamos de señalar no está exenta de matizaciones. Así, si ya el propio acto administrativo impugnado en la instancia declara que no puede concluir el expediente para la regulación de la autorización, porque no puede realizarse la oportuna declaración de impacto ambiental por los problemas urbanísticos surgidos que hacen inviable la explotación. De modo que, ya desde la vía administrativa los ámbitos sectoriales aparecen vinculados y se ha producido una interrelación o interferencia que no puede desconocerse, para evitar posteriores trámites inútiles. En relación con el caso de autos, en tanto que las Normas Urbanísticas de Llanera prohíben expresamente, en el suelo clasificado como no urbanizable de especial protección, está justificada y acreditada la imposibilidad para llevar a cabo la actividad pretendida por el recurrente.

En definitiva, el TS matiza la regla general que es que entre los respectivos ámbitos sectoriales que concurren para autorizar el ejercicio de una actividad existe una separación primaria, pues cada área material tiene su específica regulación, y su propio interés público a proteger. De modo que se excluye, con carácter general, que un órgano encargado, v.gr., de otorgar la licencia urbanística deniegue la misma por aplicación de las normas mineras, o al contrario. Ahora bien, el otorgamiento de los diferentes permisos o licencias, y la indicada separación de áreas sectoriales, no puede llegar al extremo de ignorar los impedimentos absolutos detectados en los demás ámbitos, y tomados en consideración ya en la vía administrativa, cuando estos aparecen acreditados de forma palmaria y evidente.

5. MONTES

A) Aprovechamiento de montes de utilidad pública. Valor de la costumbre en materia de aprovechamiento de pastos

La STS de 11 de marzo de 2013, (rec. núm. 914/2010) desestima un recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Quirós contra una sentencia estimatoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso contencioso deducido por el Ayuntamiento de Lena contra una resolución de la Consejería de Medio Rural y Pesca del Principado que aprobaba el Plan Anual de Aprovechamiento en Montes de Utilidad Pública del Principado de Asturias para el año 2007.

En el recurso que prosperó ante el TSJA el Ayuntamiento de Lena había apelado a la existencia de una comunidad de pastos, o en su caso, servidumbre de pastos desde 1828 entre los Concejos de Lena y Quirós sobre determinados paisajes de la Sierra del Aramo que no habían sido respetados al aprobar el citado Plan Anual de Aprovechamiento en Montes de Utilidad Pública.

El TS desestima el recurso resolviendo que carece de fundamento la vulneración del artículo 33 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, en cuanto que al dar prevalencia a la costumbre limita las facultades del Gobierno del Principado de Asturias para aprobar el Plan Anual de Aprovechamientos en los Montes de Utilidad Pública. Recuerda, como había ya hecho en sentencias anteriores, que no cabe anteponer «*las facultades autonómicas del Principado de Asturias para la ordenación de los pastos*», conforme a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley autonómica 4/1989, de 21 de julio, de ordenación agraria y desarrollo rural de Asturias, «*en detrimento de la costumbre del lugar; a la que remite dicho precepto que dice que se respetará en todo caso*». Insiste, en reconocer la existencia de costumbre sobre el pastoreo de los vecinos de Lena en los terrenos de la Sierra de Aramo, según el Convenio de 1828. En tanto que tal costumbre había sido desconocida clara y ostensiblemente, pese a ser necesario tenerla en cuenta tal como prevé la normativa y había visto el Tribunal de instancia, considera procedente la desestimación del recurso.

B) Constitucionalidad de ciertas limitaciones y condicionantes impuestas por la Legislación estatal de Montes estatal al ejercicio de competencias autonómicas que inciden en la materia

La **STC 84/2013, de 11 de abril de 2013**, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de La Rioja en relación con los artículos 50.1 y 54 bis de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, en la redacción dada por la Ley 10/2006, de 28 de abril. El Gobierno riojano planteaba la invasión por el Estado a través de estos preceptos de las competencias autonómicas sobre montes, ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente.

El Gobierno de La Rioja consideraba que el art. 50.1 de la ley de Montes entraba en colisión con los artículos de su Estatuto de Autonomía que atribuyen a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio y urbanismo, la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los establecidos en ella, en las materias de protección del medio ambiente, normas adicionales de protección del medio ambiente y del paisaje, espacios naturales protegidos y protección de los ecosistemas y montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias y pastos. Por su parte, entendía que el art. 54 bis era contrario a los preceptos del Estatuto que atribuye a la Comunidad la competencia en materia de protección del patrimonio forestal y las competencias exclusivas en materia de promoción y ordenación del turismo, cultura, y promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio.

Por su parte, la Abogacía del Estado sostenía que ambos preceptos son manifestación de la competencia atribuida al Estado en materia de montes por el art. 149.1.23 CE.

Para explicar la desestimación del recurso el TC recuerda que el art. 149.1.23 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre dos ámbitos diferenciados: de una parte, la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección; de otra, la legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias. Ambos sectores tienen reflejo en la ley de la que forman parte los preceptos objeto de impugnación.

Reconoce el TC, como en otras de sus Sentencias, que en materias como la ordenación del territorio, el urbanismo, el medio ambiente y la ordenación de los recursos forestales existen profundas interacciones, por lo que para determinar cuál es la materia y, por tanto, el título competencial de referencia, es necesario atender tanto a la finalidad como al contenido de la norma o, dicho de otra forma, a las técnicas legislativas utilizadas para alcanzar dicha finalidad. En aplicación de esta doctrina, el título competencial preferente y más específico desde el que ha de juzgarse la ley impugnada, cuyo objeto es la regulación del régimen jurídico de los montes públicos y privados, es el referido a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación básica sobre montes y aprovechamientos forestales (art. 149.1.23 *in fine* CE), ello sin perjuicio de que exista una vertiente ambiental integrada en este título competencial sectorial y de que, incluso, algunos preceptos de la Ley pudieran encontrar su justificación constitucional en otros títulos competenciales.

La interacción entre los citados títulos competenciales y, específicamente, la vertiente ambiental integrada a la que se ha aludido, aparece reflejada tanto en la exposición de motivos de la Ley 43/2003 como en su objeto y principios inspiradores (arts. 1 y 3) y, particularmente, en su art. 4, que establece la función social de los montes cuando expresa que: *«Los montes, independientemente de su titularidad, desempeñan una función social relevante, tanto como fuente de recursos naturales como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales, entre ellos, de protección del suelo y del ciclo hidrológico; de fijación del carbono atmosférico; de depósito de la diversidad biológica y como elementos fundamentales del paisaje. El reconocimiento de estos recursos y externalidades, de los que toda la sociedad se beneficia, obliga a las Administraciones públicas a velar en todos los casos por su conservación, protección, restauración, mejora y ordenado aprovechamiento»*.

El TC reconoce que la tarea de deslindar las distintas materias implicadas, de acuerdo con la finalidad predominante de la norma, a los efectos de delimitar los títulos competenciales aplicables, contiene, a veces, elevadas proporciones de convención y artificio. En este caso, la finalidad de las normas impugnadas es tanto la de prevención y superación de una situación de grave riesgo o catástrofe, como la de protección del monte cuya misma existencia se pone en riesgo por el incendio.

Encuadrada en estos términos la controversia competencial que se le plantea, el Tribunal llega a la conclusión de que el título competencial más específico y, por ello, preponderante, es el que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica sobre montes y aprovechamientos forestales (art. 149.1.23 *in fine* CE), título que integra una vertiente de protección del medio ambiente, que es el que ha de tomarse en consideración en atención a la finalidad perseguida por las normas impugnadas.

Así las cosas, el TC centra su atención en el estudio de la constitucionalidad de dos preceptos de la Ley de Montes:

a) El artículo 50.1 a) prohíbe el cambio de uso forestal de los terrenos incendiados durante un período mínimo de treinta años, si bien el párrafo segundo del precepto abre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas acuerden excepciones con carácter singular. Para ello, exige que el cambio de uso estuviera previsto, con anterioridad al incendio forestal, en: *«1. Un instrumento de planeamiento previamente aprobado. 2. Un instrumento de planeamiento pendiente de aprobación, si ya hubiera sido objeto de evaluación ambiental favorable o, de no ser esta exigible, si ya hubiera sido sometido al*

trámite de información pública. 3. Una directriz de política agroforestal que contemple el uso agrario o ganadero extensivo de montes no arbolados con especies autóctonas incultos o en estado de abandono».

El preámbulo de la Ley 10/2006 explica los motivos que llevan al legislador a optar por esta prohibición: *«Bien es sabido que el cambio de uso de los terrenos forestales incendiados para transformarlos en otros de carácter agrícola, pascícola, industrial o urbanizable se ha tratado de justificar en la pérdida de valor de dichos terrenos, al carecer de vegetación arbórea como consecuencia del desastre ecológico ocasionado por el incendio. En muchas ocasiones, el cambio de uso no se promovía de forma inmediata tras el siniestro, sino sólo tras repetidos incendios de ese terreno forestal, que quedaba, de esta manera, en una situación de casi total degradación vegetal que dificultaba la posibilidad de rechazar justificada y motivadamente las peticiones de cambio de uso forestal. Y ello en la medida en que estos terrenos, en un corto plazo, ya no podrían alcanzar el potencial forestal arbolado que poseían antes del incendio. Los incendios forestales tienen como causa, en una pequeña parte de casos, los fenómenos naturales y, desgraciadamente, en una inmensa mayoría de supuestos, acciones humanas, ya sean negligentes o dolosas.*

Para atajar este fenómeno, continúa señalando el preámbulo que, en línea con la decisión adoptada por otros países mediterráneos y algunas Comunidades Autónomas, se prohíbe el cambio de uso durante treinta años, plazo que se justifica por ser «el lapso de tiempo mínimo que en la mayoría de los casos puede permitir la regeneración de la vegetación forestal y, por extensión, evitar expectativas de recalificación futura de suelos no urbanizables, en particular la de los terrenos forestales, contrarias a los propósitos de regeneración del monte que demandan los principios de la gestión forestal sostenible».

A juicio del TC, resulta, pues, clara la finalidad disuasoria de la medida adoptada, que tiene como objetivo la prevención de los incendios forestales y, en última instancia, la protección de la masa forestal. Teniendo en cuenta la estrecha conexión existente entre los dos títulos competenciales recogidos en el art. 149.1.23 CE, en razón de dicha finalidad tuitiva, el precepto encaja sin dificultad en el ámbito de la competencia estatal para establecer la legislación básica en materia de montes y aprovechamientos forestales. Por esto concluye que el Estado, en ejercicio de la competencia exclusiva que le atribuye el art. 149.1.23 CE, puede condicionar las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas, cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales, en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener para la preservación de los recursos naturales. Entiende que con ello no se invade la competencia autonómica en materia de urbanismo y ordenación del territorio, como alega la Comunidad recurrente. Es claro que delimitar los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico constituye uno de los aspectos básicos del urbanismo y, en términos más generales, de la ordenación del territorio, pero ello no puede significar, en el plano competencial, que cualquier norma que incida sobre el territorio, siquiera sea de forma mediata o negativa, tenga que quedar subsumida en la competencia autonómica sobre ordenación del territorio, puesto que ello supondría atribuirle un alcance tan amplio que desconocería el contenido específico de otros muchos títulos competenciales, no sólo del Estado, máxime si tenemos en cuenta que la mayor parte de las políticas sectoriales tienen una incidencia o dimensión espacial. Por lo que al caso de autos se refiere, la prohibición que se examina no pretende, en efecto,

regular los usos ni fijar las prohibiciones del conjunto de los terrenos forestales, sino que se circunscribe a un régimen específico de protección, aplicable únicamente a los terrenos incendiados, con la finalidad de garantizar a largo plazo su regeneración y, en definitiva, su conservación.

De otra parte, considera que el precepto tampoco desemboca en un vaciamiento de la competencia autonómica para la protección del patrimonio forestal, pues —como admite el propio escrito de demanda— el plazo de treinta años opera como un mínimo y la prohibición no es taxativa o absoluta, al dejar un margen de decisión a las Comunidades Autónomas para acordar el régimen de excepciones «cuando existan circunstancias objetivas que acrediten que el cambio de uso del terreno forestal afectado estaba previsto con anterioridad al incendio».

b) El art. 54 bis.2 dispone que la circulación con vehículos a motor por pistas forestales situadas fuera de la red de carreteras quedará limitada a las servidumbres de paso que hubiera lugar, la gestión agroforestal y las labores de vigilancia y extinción de las Administraciones públicas competentes. Añade el precepto que, excepcionalmente, podrá autorizarse por la Administración forestal el tránsito abierto motorizado cuando se compruebe la adecuación del vial, la correcta señalización del acceso, la aceptación por los titulares, la asunción del mantenimiento y de la responsabilidad civil.

El TC considera que no cabe acoger la denunciada invasión de las competencias autonómicas en las materias de turismo, cultura o deporte, que habrán de ejercerse dentro del ámbito delimitado por el legislador básico estatal, que en ejercicio de su competencia puede imponer límites al despliegue de aquéllas.

Recuerda que según determinó en su STC 101/2005, que *«la afectación transversal del título competencial del Estado, que se ciñe al ámbito de lo básico (art. 149.1.23 CE), será conforme con el orden constitucional de competencias, en su condicionamiento de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas, cuando dicha afectación se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener. Por el contrario la afectación transversal de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas resultará vulneradora del orden competencial cuando la normativa estatal comporte, más que el establecimiento de limitaciones específicas o puntuales de las actividades sectoriales, una regulación de mayor alcance, incluso aunque dicha regulación presente una finalidad de protección ambiental»*.

El artículo 54. Bis 2. no contiene una regulación positiva de las actividades correspondientes a las materias de la promoción del turismo y de la cultura, el desarrollo comunitario y el ocio, de competencia autonómica, sino de meros límites impuestos a su ejercicio, que responden a la finalidad de garantizar la conservación y protección de los montes, frente al riesgo de incendios forestales. De ahí que considere que las limitaciones a la circulación motorizada que recoge el precepto revisten carácter básico en el ámbito de la competencia estatal *ex art. 149.1.23 CE*, sin que, de otra parte, la lectura del precepto deje dudas sobre el margen de decisión que se abre a las Comunidades Autónomas para autorizar el tránsito abierto motorizado en determinadas circunstancias, modulando así la limitación establecida con carácter básico de modo adecuado al orden constitucional de distribución de competencias.

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) *Hecho imponible*

La **sentencia del TS de 13 de junio de 2013 (NR 2824/2011)** insiste en la legalidad de la exacción de cánones de regulación por la llamada «regulación indirecta», relativa a usos de agua aguas arriba de una obra de regulación propiamente dicha. Y rechaza igualmente que pudiera infringir el principio de capacidad económica.

b) *Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa*

El **Tribunal Supremo**, dicta nuevas **sentencias** 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. Se trata de las **sentencias del TS de 16 y 17 de mayo de 2013 (NR 5061/2010 y 5067/2010)**, que repiten algunos de los razonamientos provenientes de sentencias anteriores, pero se centran en otros más novedosos. El Alto Tribunal se pronuncia en contra de la aplicación de la exención en el canon de regulación y tarifa de utilización de agua contenida en el artículo 135.c) del RDPH, a pesar de la contradicción, que se le pone de manifiesto, de que si una disposición de rango legal había convalidado y dado fuerza de ley al canon de saltos de pie de presa, por la misma razón debería elevarse el rango de dicha disposición vinculada. Se ha consolidado una incoherencia manifiesta y sigue sin modificarse el RDPH. Por lo demás, el TS (FJ 4.º) retoma viejos argumentos basados en la naturaleza contractual del «canon concesional», cuestión esta superada desde la Ley 25/1998. Finalmente, se rechaza que la combinación de ambas figuras produzca efectos confiscatorios, dado que no se prueba que la combinación de ambas figuras prive al sujeto de sus rentas y propiedades.

Sobre estos temas gira también la **sentencia del TSJ de Madrid de 12 de abril de 2013 (NR 1147/2010)**, estimatoria del recurso deducido por el sujeto pasivo, con el argumento de que en el caso de autos la obra hidráulica no determinaba beneficio alguno para la recurrente.

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 números anteriores 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. Hay nuevas **sentencias** en este sentido, como dos **del TS de 15 de abril de 2013 (NR 5075/2010 y NR 5786/2011)**.

d) Imposición y ordenación

El **TSJ de Andalucía, Sevilla**, mediante **sentencia de 13 de diciembre de 2012 (NR 837/2011)** rechaza que, con ocasión de la reclamación operada frente a la liquidación administrativa, se cuestionen aspectos propios de los actos aprobatorios de los cánones y tarifas.

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. la **sentencia de 8 de marzo de 2013 (NR 201/2011)**.

e) Aplicación de las exacciones

El **TSJ de Asturias**, mediante **sentencia de 13 de mayo de 2013 (NR 885/2011)** declara la caducidad del procedimiento en relación con liquidaciones correspondientes al ejercicio 2009, notificadas el 25 de enero de 2010.

B) Aguas continentales: Régimen económico-financiero del trasvase Tajo-Segura

Mediante la **sentencia de 25 de abril de 2013 (NR 33/2010)**, el **TS** estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2009, por el que se aprobaron nuevas tarifas para el trasvase Tajo-Segura.

Se ciñe el recurso a las tarifas para riego de aguas trasvasadas al sureste y la tarifa para riego de conducción de aguas propias del Segura que utilizan la infraestructura del postrasvase. Pone en cuestión la parte recurrente la corrección de los cálculos que se han llevado a cabo para fijar las nuevas tarifas respecto de los tres apartados que las componen: Amortización del Coste de las Obras, Gastos Fijos de Funcionamiento y Gastos Variables de funcionamiento.

En cuanto a la amortización del coste de las obras, el Alto Tribunal reconoce que el sistema de actualizaciones que emplea la normativa de esta obra hidráulica es más gravosa para los beneficiarios que otras (en particular, que la general de la Ley de Aguas), pero no duda de que sea legítimo emplear normativas diferentes en función de los objetivos de cada obra y, en este caso, el Consejo de Ministros no hizo sino aplicar el mandato legal.

En cuanto a los gastos de funcionamiento, la recurrente consideraba que no se habían dividido entre el total de dotaciones asignado a las concesiones existentes (volumen máximo trasvasable), sino entre la dotación anual definitiva (dada la sequía del ejercicio, eran sustancialmente menores). Se le da razón en este punto, a la vista del tenor legal. También mostraba su desacuerdo en cuanto a la inclusión en este bloque de obras de renovación del camino de servicio y revestimiento que, a su entender, son de inversión y, por lo tanto, tienen un tratamiento muy diferente, pero no obtiene éxito en su petición. El Alto Tribunal reconoce la falta de claridad legal para ubicar ciertas partidas en uno u

otro lugar —como sucede en la Ley de Aguas—; consigue ubicar presupuestariamente los referidos gastos en el sentido del consejo de ministros y le recuerda a la recurrente la falta de argumentación en la vía administrativa. También se rechazaron los gastos imputados por las dos Confederaciones afectadas, en función de ciertos coeficientes, considerando el TS que se obró correctamente en este ámbito.

Finalmente, tal y como se dijo, se discutió la legalidad de la parte de las tarifas correspondiente con los gastos variables de funcionamiento (adquisición de agua, consumo de energía, etc., de carácter proporcional al volumen de agua suministrada). No se acogió el cuestionamiento de los gastos de energía eléctrica para elevación de agua hasta la cabecera del acueducto, de los que se decía se calculan con parámetros muy superiores a los de mercado. Sin embargo, la sentencia será parcialmente estimatoria en cuanto pide que se ajusten gastos derivados de ejercicios anteriores, que habían sido presupuestados muy por encima de la realidad. El TS entiende que ese ajuste, que existe en la Ley de Aguas para los cánones de regulación y tarifas de utilización de agua, pero no en la ley especial del Trasvase, debe ser aplicado también en estas tarifas, por ser de elemental lógica.

C) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja

a) *Exacciones por abastecimiento de agua en baja: cuantías*

La **sentencia del TSJ de Aragón de 6 de marzo de 2013 (NR 69/2009)** declara la nulidad del apartado B3) del artículo 6 de la Ordenanza Fiscal núm. 22, reguladora de la Tasa por el suministro de agua potable del Ayuntamiento de Huesca, en la que se establecía una «tarifa especial», en cuanto dispone que quedan expresamente excluidos de esta tarifa especial «1. Los centros hospitalarios». Esa tarifa especial para consumo colectivo incluía a las entidades sin ánimo de lucro que tuvieran carácter asistencial y centros educativos de infantil y primaria, habiéndose aplicado en ejercicios anteriores al Hospital San Jorge (de titularidad autonómica), y modificándose la Ordenanza Fiscal para facilitar su exclusión del beneficio fiscal. La anulación se basa en la diferenciación a beneficiarios sin justificación alguna, sobre la base de la interdicción de arbitrariedad.

En cambio, la **sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 13 de mayo de 2013 (NR 737/2009)**, desestima el recurso deducido por la Administración General del Estado en relación con la tasa por suministro de agua del Ayuntamiento de Ocaña, cuya Ordenanza Fiscal establecía una tarifa especial para una prisión estatal. La sala rechaza que se trate de una tarifa discriminatoria irrazonable. Examina sus esquemas de cuantificación, que se componen de una cuota fija y una variable y asume su corrección. La cuota fija «penitenciaria» viene definida por el consumo trimestral del centro, dividido entre 25 (consumo medio en metros cúbicos de usuario doméstico por trimestre) y multiplicado el resultado por la cuota fija doméstica, arrojando una cifra de euros por trimestre, mientras que la cuota variable «penitenciaria» es el resultado de multiplicar el consumo trimestral del centro por la cuota variable doméstica, también con una cifra final de euros por trimestre. Las cuotas fija y variable domésticas son pues las utilizadas para los abonados domésticos; la primera comprende los costes fijos de depuración (gastos de personal y mantenimiento, fundamentalmente), mientras que la segunda viene referida en cuanto costes del consumo, como productos químicos o electricidad. El TSJ acoge la justifica-

ción de la corporación demandada, señalando que la cuota es razonable y en modo alguno arbitraria. Decía el Ayuntamiento que la tarifa especial recoge la peculiaridad de un centro penitenciario de estas características, sobre todo porque el abastecimiento de agua se produce con recursos propios procedentes de captaciones subterráneas, cuyo tratamiento produce vertidos ricos en sales a la red de alcantarillado, que exigen mayor depuración y mayor coste en su tratamiento de depuración que las aguas vertidas por un hogar. El consumo de los centros y las actividades conectadas (de tipo no doméstico) representa más de la mitad del consumo realizado por todos los usuarios domésticos de Ocaña, con lo cual el vertido realizado al alcantarillado y depuradora tiene la envergadura suficiente como para recibir un trato específico. Para la sala es muy relevante la inexistencia de otras instalaciones comparables.

D) Dominio público local

a) Tasas por utilización del dominio público local en general

El **TSJ de Madrid**, mediante **sentencia de 13 de marzo de 2013 (NR 329/2012)** considera absolutamente legal la exacción de una tasa por el estacionamiento de vehículos en determinadas zonas de la ciudad, supuesto que no sólo encaja en la definición del hecho imponible de las tasas por utilización del dominio público, sino que además está expresamente relacionado en la LHL. Advierte además que la sanción por estacionar sin abono de la tasa es una sanción de tráfico y no una sanción tributaria.

b) Tasas por utilización del dominio público local: hecho imponible

La **sentencia del TSJ de Baleares de 19 de febrero de 2013 (NR 373/2012)** ratifica que el Ayuntamiento puede establecer tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local y, en particular, por la ocupación, como en el caso, con mesas y sillas, pero siempre que se trate de ocupación de un bien de dominio público local destinado al uso público, lo que no es el caso del Paseo al que se refiere el conflicto, incluido en el dominio público marítimo-terrestre estatal. De acuerdo con la Ley de Costas, es posible repetir a la «concesionaria» el canon que el Ayuntamiento paga al Estado, pero no aprobar una Ordenanza Fiscal reguladora de una tasa y exigir sobre la base de dicha Ordenanza un concepto adicional.

La **sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2013 (NR 997/2011)** reitera que la exigencia de la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales en favor de empresas explotadoras de suministros (al 1,5%) incluye como hecho imponible tanto el uso conceptualmente aislado como los servicios necesarios que hacen posible la utilización y el aprovechamiento especial, de tal manera que el hecho imponible que se grava comprende tanto el uso como los servicios que lo hagan posible, al no poderse divorciar una cosa de otra, pues sin la última, la primera carecería de contenido real. Por ello son incompatibles la tasa por prestación de servicios en galerías municipales y la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas explotadoras de suministros.

Finalmente, el **Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Bilbao**, mediante **sentencia de 17 de abril de 2013 (NR 23/2013)**, rechaza la imposición de una tasa por ocupación del dominio público, por la pretendida utilización del mismo ocupándolo con una escalinata y rampa para la realización de la obra de un pabellón, pues no se acredita que se ocupen espacios demaniales, sino privados. Dice el magistrado juez que *«el límite del dominio público local en su divisoria con la propiedad privada lo marca la línea interior de la acera, siendo de titularidad particular; por tanto, lo que se extralimite de la línea interior de la acera aun cuando en un franja de cinco metros no pueda edificarse (entendiendo por edificación innovación constructiva con metros cuadrados de techo) y que no queden impedidos, sino antes bien propiciados para ese espacio de titularidad privada libre de edificación, usos como el de aparcamiento, tránsito peatonal o ajardinamiento, entre los cuales encontraría incardinación como factible la escalinata y rampa que nos ocupan. Por cuanto antecede, no existiendo un terreno de dominio público ocupado con la escalinata y rampa, en modo alguno puede darse el hecho imponible de la tasa por la que se ha girado la liquidación originariamente impugnada, procediendo la anulación de la misma estimando el presente recurso (...)»*.

E) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

a) Dominio público-hidráulico

La **sentencia del TS de 8 de mayo de 2013 (NR 1143/2011)**, siguiendo precedentes anteriores, aborda un problema a caballo entre la aplicación de los tributos y la revisión de la actuación administrativa realizada. Las liquidaciones tributarias (por el IBI) eran emitidas en virtud de un convenio de delegación, en el caso de autos por una Comunidad Autónoma Uniprovincial (La Rioja). Dice la sala que la entidad delegataria carece de competencia para interponer un recurso de lesividad, en relación con un supuesto de anulabilidad. Se trataba de un caso muy curioso, la tributación de la presa de Yalde, en concepto de BICE: el obligado tributario era la Comunidad Autónoma, tenía pues la doble posición de sujeto pasivo del impuesto y ente gestor, y se decantó por la vía señalada en orden a que se resolviera una situación de inicial discrepancia entre dos consejerías.

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.

Aunque el caso tenía otros frentes, el **TSJ de Madrid**, en su **sentencia de 20 de marzo de 2013 (NR 1238/2012)**, anula parcialmente la liquidación girada con motivo de la concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de un intercambiador de transportes, declarando que del importe de la base imponible debe excluirse la cantidad correspondiente a la baja de adjudicación.

Por su parte, la **sentencia del TSJ de Valencia de 30 de enero de 2013 (NR 62/2012)** reconoce la no tributación por la construcción de un centro de tratamiento automatizado promovido por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, a la vista del artículo 19.1.b) de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, según la cual, para garantizar la prestación del servicio postal universal se otorgan al operador exenciones en cuantos tributos graven su actividad vinculada a los servicios reservados, excepto del Impuesto de Sociedades.

ELOY COLOM PIAZUELO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRD
BEATRIZ SETUAIN MENDIA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE

SUMARIO

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA.
 - A) **Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Aprobación de un proyecto sin dicha evaluación. Requisitos de la existencia del derecho de los particulares a obtener reparación. La mera ausencia de evaluación no da derecho a obtener reclamación por la disminución del valor patrimonial de un bien, pero los jueces nacionales observarán el conjunto de la situación.**
 - B) **Evaluación de impacto ambiental de planes y programas. Contradicción con el Derecho de la Unión de una norma alemana que priva de validez jurídico la falta de evaluación de unos planes urbanísticos cuando haya existido un error al apreciar los requisitos cuantitativos que justificarían tal falta de evaluación.**
 - C) **Acceso del público a la información medio ambiental. La facultad de los Estados miembros de excluir del concepto de «autoridad pública» previsto en la Directiva 2003/4/CE a las entidades (ministerios) que están elaborando reglamentos, no es compatible con la Directiva.**
2. ESPACIOS NATURALES.
 - A) **La regulación de los principios aplicables a los procedimientos de concesión y autorización de actividades de servicios en el marco de los espacios naturales protegidos tiene carácter básico.**
3. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, RESIDUOS.
 - A) **La evaluación ambiental de espacios naturales es manifestación de la evaluación de impacto ambiental y por lo tanto, su regulación respecto a proyectos que hayan de ser aprobados por el Estado tiene carácter básico.**
 - B) **La regulación de la obligación de los titulares de actividades potencialmente contaminantes del suelo de realizar una evaluación preliminar tiene carácter básico.**
 - C) **Las leyes de acompañamiento, como leyes ordinarias, pueden transponer derecho comunitario.**
4. RESIDUOS.
 - A) **La reserva de ley para declarar proyectos de interés regional sobre infraestructuras de residuos, así como la aprobación concreta de dichos proyectos por este medio constituye una ley singular y autoaplicativa, la cual conculca el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.**

- B) La exención de licencias y autorizaciones municipales no vulnera necesariamente la autonomía local, al existir otras formas de participación local compatibles con ésta, como los informes de adecuación al planeamiento.**
5. MINAS.
- A) Acción pública materia ambiental. Declaración de impacto ambiental para la ejecución de una concesión de explotación de recursos mineros: discrepancia entre el órgano ambiental y el órgano sustantivo.**
6. FISCALIDAD AMBIENTAL.
- A) Tributos estatales en materia de aguas.**
- a) Canon de control de vertidos: relaciones con los tributos autonómicos sobre depuración.
 - b) Canon de control de vertido: cuantificación.
- B) Tributos autonómicos en materia de aguas.**
- a) Cuantificación de los tributos.
- C) Tributos sobre residuos.**
- a) Tasas municipales por recogida de basuras.
- D) Otros tributos autonómicos ambientales.**
- a) Impuesto asturiano sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente;
 - b) Impuestos sobre grandes superficies comerciales.
- E) Otros tributos locales ambientales.**
- a) Tasas por licencias ambientales.
-

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- A) Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. Aprobación de un proyecto sin dicha evaluación. Requisitos de la existencia del derecho de los particulares a obtener reparación. La mera ausencia de evaluación no da derecho a obtener reclamación por la disminución del valor patrimonial de un bien, pero los jueces nacionales observarán el conjunto de la situación**

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 14 de marzo de 2013, asunto C-420/11, Jutta Leth y República de Austria y Land Niederösterreich, resuelve una decisión prejudicial planteada conforme al art. 267 TFUE por el Oberster Gerichtshof.

La cuestión planteada tiene su origen en la demanda de indemnización planteada por la sra. Leth que es propietaria de un bien inmueble situado en el perímetro de seguridad

del aeropuerto de Viena-Schwechat y que vive en una casa construida en dicho terreno. Tuvieron lugar algunos proyectos de remodelación y ampliación de dicho aeropuerto y el Ministro-Presidente del Land Niederösterreich declaró que no era necesario un procedimiento de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente.

La demanda mencionada de la sra. Leth reclamaba 120.000 euros a los dos demandados por la disminución del valor de su inmueble a consecuencia de los ruidos generados por los aviones y, además, que se declarase la responsabilidad de dichos demandados en lo que concierne a perjuicios futuros, incluidos los daños a su salud, debido a la transposición tardía e incompleta de las Directivas 85/337, 97/11 y 2003/35, así como a la falta de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente al expedir las licencias relativas a los proyectos de remodelación del aeropuerto. Los demandados invocaron el carácter legal y no culposo del comportamiento de sus órganos así como la prescripción de la acción ejercitada. Tras diversos trámites judiciales internos, el Oberster Gerichtshof planteó una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.

En la respuesta a dichas preguntas podemos leer en la Sentencia que el precepto de derecho europeo que resulta directamente afectado es el art. 3 de la Directiva 85/337 que menciona como objeto de la evaluación de impacto ambiental el examen de los efectos directos e indirectos de un proyecto en distintos factores y, entre ellos, los «bienes materiales», por supuesto también sobre el «ser humano» y sobre la interacción entre los distintos factores, en este caso ser humano y bienes materiales.

El Tribunal de Justicia va a dejar claramente establecido que la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente no incluye la evaluación de las repercusiones del proyecto de que se trata sobre el valor de bienes materiales (punto 30) lo que no quiere decir que el art. 3 de la Directiva 85/337 deba interpretarse en el sentido de que la circunstancia de que, incumpliendo las exigencias de dicha Directiva, no se haya realizado una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, en particular, respecto a los efectos sobre uno o varios de los factores enumerados en dicho artículo aparte de los bienes materiales, no confiera a un particular ningún derecho a obtener la reparación de un perjuicio patrimonial causado por la disminución del valor de sus bienes materiales (punto 31). Por ello concluye inicialmente el Tribunal que la prevención de perjuicios patrimoniales, en la medida en que sean consecuencia económica directa de las repercusiones sobre el medio ambiente de un proyecto público o privado, está amparada por el objetivo de protección perseguido por la Directiva 85/337 (punto 36).

En este punto el Tribunal de Justicia procede a recordar los principios de la responsabilidad patrimonial de los Estados por la violación por parte de éstos del Derecho de la Unión. Estos son: que la norma de Derecho de la Unión infringida tenga por objeto conferir derechos a los particulares reclamantes, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares (punto 41). Añade el Tribunal que ello no obsta a que según el derecho nacional pueda el Estado miembro de que se trate incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos (punto 42). En todo caso la concurrencia de estos principios generadores de responsabilidad corresponde apreciarla a los órganos jurisdiccionales nacionales (punto 43).

Como orientación para esa labor de los órganos jurisdiccionales nacionales el Tribunal de Justicia va a establecer un principio de gran valor al indicar que, en todo caso, hay

que tener en cuenta la naturaleza de la norma violada. Eso significa, en el presente caso, que dado que la norma europea prevé una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente de un proyecto público o privado pero no establece una regulación de fondo relativa a la ponderación de las repercusiones sobre el medio ambiente con otros factores ni prohíbe tampoco la realización de proyectos que puedan tener efectos negativos para el medio ambiente, que la mera falta de realización de una evaluación de impacto ambiental no constituye, en principio, la causa de la disminución del valor de un bien inmueble (punto 46). En todo caso el juez nacional comprobará si se cumplen las exigencias del Derecho de la Unión aplicables al derecho a obtener reparación, en particular la existencia de una relación de causalidad directa entre la violación alegada y los daños sufridos (punto 47).

B) Evaluación de impacto ambiental de planes y programas. Contradicción con el Derecho de la Unión de una norma alemana que priva de validez jurídico la falta de evaluación de unos planes urbanísticos cuando haya existido un error al apreciar los requisitos cuantitativos que justificarían tal falta de evaluación

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 18 de abril de 2013, asunto C-463/11, procedimiento entre L y M, resuelve una decisión prejudicial planteada conforme al art. 267 TFUE por el Verwaltungsgerichtshof Baden Württemberg (Alemania) mediante resolución de 27 de julio de 2011. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 3 apartados 4 y 5 de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, en relación con la obligación, o no, de someter a evaluación de impacto ambiental determinados planes urbanísticos alemanes.

La cuestión estriba en que una norma alemana (el Código de Urbanismo en su versión consolidada de 23 de septiembre de 2004 modificada por la Ley de 22 de julio de 2011) señala que los planes de «desarrollo interno» (parecen semejantes a los planes parciales en la terminología española) se adoptarán por un procedimiento abreviado (la sentencia habla a veces también de procedimiento acelerado), y ello corresponde a los planes de esa característica que se refieran a superficies de menos de 20.000 m² (esto se dice en el art. 13 bis). Pero la cuestión más importante es que otro precepto del Código de Urbanismo (el art. 214) establece en uno de sus párrafos que «la infracción de disposiciones de forma y de procedimiento y de disposiciones relativas a la relación entre el plan urbanístico y el plan de aprovechamiento de áreas no obstará para la eficacia jurídica del plan urbanístico, incluso cuando tenga su origen en una valoración errónea del requisito [cualitativo] establecido en el artículo 13 bis...» (se refiere a la superficie inferior a 20.000 m²).

Pues bien, se produce un litigio entre un particular (L) y un municipio (M) relativo a un plan de desarrollo interno que no había sido objeto de la evaluación de impacto ambiental ordenada por la Directiva 2001/42/CE, y en el marco del mismo se van a producir por el Tribunal citado las preguntas que dan lugar a esta Sentencia.

La respuesta va a ser sencilla. El Tribunal de Justicia establece que un precepto como el artículo 214 del Código de Urbanismo priva de cualquier efecto útil al precepto de la Directiva (art. 3, apartados 3 y 4 donde se encuadrarían estos planes si debieran ser objeto

de evaluación de impacto ambiental) (punto 38) lo que es contrario al objetivo perseguido por la Directiva (punto 42). El órgano nacional, conociendo del caso, es el que deberá asegurar el cumplimiento de los objetivos de la Directiva adoptando las medidas que consideren necesarias para subsanar la ausencia de evaluación (punto 43).

C) Acceso del público a la información medio ambiental. La facultad de los Estados miembros de excluir del concepto de «autoridad pública» previsto en la Directiva 2003/4/CE a las entidades (ministerios) que están elaborando reglamentos, no es compatible con la Directiva

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 18 de julio de 2013, asunto C-515/11, Deutsche Umwelthilfe e.v y Bundesrepublik Deutschland, resuelve una decisión prejudicial planteada conforme al art. 267 TFUE por el Verwaltungsgericht de Berlín (Alemania) mediante resolución de 22 de septiembre de 2011. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 2.2 de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo.

El artículo 2.2 párrafo primer de la Directiva citada define como «autoridades públicas» (por tanto sujetas a la Directiva) a «el Gobierno o cualquier otra Administración pública nacional, regional o local, incluidos los órganos públicos consultivos» y en el párrafo segundo permite a los Estados miembros que pueda disponer «que esta definición no incluya las entidades o instituciones en la medida en que actúen en calidad de órgano... legislativo».

Pues bien, la alemana Ley sobre información en materia de medio ambiente de 22 de diciembre de 2004 no incluye ente las administraciones públicas sujetas a la obligación de información a «las máximas autoridades federales, en la medida en que intervengan en el proceso legislativo o en la adopción de reglamentos» y lo que se plantea en un proceso en que una asociación de protección del medio ambiente y de los consumidores (Deutsche Umwelthilfe e V) solicita del Ministerio Federal de Economía y Tecnología una determinada información y este se niega invocando la Ley de 22 de diciembre de 2004 e indicando que está formando un reglamento, es la compatibilidad de esta exclusión con lo previsto en la Directiva 2003/4/CE.

Hay que recordar que una Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2012, Flachglas Torgau C-204/09 (asunto también con base en la República Federal Alemana), consideró posible excluir del concepto de autoridad pública a los Ministerios cuando estaban interviniendo en un procedimiento legislativo, pero no se pronunció sobre el caso cuando estuvieran elaborando un reglamento. En este caso el Tribunal de Justicia se va a negar a la interpretación extensiva. A esos efectos indica que «son la especificidad del procedimiento legislativo y sus características propias las que justifican el régimen particular de los actos adoptados en el ejercicio de poderes legislativos en relación con el derecho a la información» (punto 29). Para rubricar el argumento se acude a citar específicamente el Convenio de Aarhus (de donde arranca su legitimación la Directiva 2003/4/CE) para indicar que el mismo «distingue el régimen de los actos legislativos del de los actos reglamentarios. Así, mientras que el artículo 2, apartado 2, segunda frase de dicho Convenio permite a los Estados partes «denegar el acceso a los documentos que obren en poder de

las autoridades públicas en el ejercicio de «poderes legislativos». El artículo 8 de éste les impone, en cambio, que promuevan una participación efectiva del público durante la fase de «elaboración de disposiciones reglamentarias» (punto 33). Consiguientemente se interpreta que no se puede excluir a los ministerios del concepto de autoridad pública «cuando elaboran y adoptan disposiciones normativas de rango inferior a la Ley» (punto 36).

2. ESPACIOS NATURALES

A) **La regulación de los principios aplicables a los procedimientos de concesión y autorización de actividades de servicios en el marco de los espacios naturales protegidos tiene carácter básico**

En la **Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2013, de 23 de abril de 2013 (rec. n.º 6883-2010)**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de Canarias contra los artículos 18.5 y 35 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Interesa a nuestros efectos únicamente la segunda parte del recurso, relativa al alcance de lo básico en materia de espacios naturales protegidos. Así, mediante el citado art. 35 de la Ley de 2009, se introduce un nuevo art. 13 bis en la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la red de parques nacionales, que incorpora a los procedimientos de concesión y autorización de actividades de servicios en ese marco los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad y transparencia, además del de concurrencia competitiva en determinados casos. Al mismo tiempo, se limita la duración de las autorizaciones y concesiones, excluyendo la renovación automática.

La Comunidad Autónoma recurrente considera vulneradas sus competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de medio ambiente, así como su competencia exclusiva en materia de espacios naturales protegidos (arts. 32.12 y 30.16 Estatuto de Autonomía de Canarias).

El TC pasa, por tanto, a determinar si las competencias estatales para establecer la legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE), pueden afectar a estos extremos. Para ello, analiza si la citada regulación cumple con los requisitos materiales de la legislación básica, es decir: si deja un margen a la legislación de desarrollo evitando vaciarla de contenido y si consiste en una ordenación de mínimos que permita el establecimiento de niveles de protección más altos por parte de las CC.AA. (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 8.º y FJ 9.º).

Considera el TC que el contenido del nuevo art. 13 de la Ley de parques nacionales se limita a recordar los principios que rigen con carácter general la actuación de todas las Administraciones públicas (publicidad, objetividad, imparcialidad y transparencia), a concretar la previsión básica de la Ley 17/2009 sobre la aplicación del principio de concurrencia competitiva y a exigir que los criterios en que se base la concesión estén directamente vinculados con la protección del medio ambiente, lo cual es manifestación de la finalidad proteccionista del precepto; el cual deja, así, un considerable margen de acción a la legislación autonómica, tanto para determinar las actividades de servicios que

pueden realizarse en un parque nacional, como para establecer condiciones adicionales de protección en relación con los procedimientos de concesión y autorización de dichas actividades (FJ 12.º).

Por todo lo cual, el TC desestima el recurso de inconstitucionalidad, confirmando la constitucionalidad del art. 13 de la Ley de parques nacionales.

3. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, RESIDUOS

En la **Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2013, de 9 de mayo de 2013 (rec. n.º 2144-2004)**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón contra determinados artículos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

A) La evaluación ambiental de espacios naturales es manifestación de la evaluación de impacto ambiental y por lo tanto, su regulación respecto a proyectos que hayan de ser aprobados por el Estado tiene carácter básico

Se impugna en primer lugar el art. 126, en cuanto modifica la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, por considerarse que el sistema de cogestión vulneraba las competencias autonómicas en la misma materia. El TC recuerda al respecto el examen de dicho precepto efectuado en su STC 149/2012, de 5 de julio, señalando la pérdida de objeto del recurso sobre este extremo, al haber sido derogados los preceptos cuya constitucionalidad se cuestionaba por la Ley 42/2007, del patrimonio natural y la biodiversidad (FJ 2.ºb).

En segundo lugar, se impugna el art. 127.3 y 4, que introduce una nueva disposición adicional en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, por la que se atribuye al Estado la competencia para evaluar proyectos que puedan afectar de forma apreciable a las zonas de la Red Natura 2000, así como la determinación de las medidas compensatorias que puedan ser necesarias, en proyectos autorizados o aprobados por la AGE. El TC recuerda que, pese a que la citada norma ha sido sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, éste sigue afirmando lo mismo, por lo que el recurso no ha perdido aquí su objeto.

La Comunidad Autónoma recurrente considera que el Estado se excede aquí en sus competencias básicas sobre medio ambiente, infringiendo la competencia autonómica exclusiva sobre espacios naturales. El TC recuerda que esta controversia ya ha sido resuelta por la STC 104/2013, de 25 de abril, que dice que «es acorde con la distribución constitucional de competencias que la legislación atribuya a la Administración del Estado la realización de la evaluación ambiental de las zonas especiales de conservación en aquellos casos en los que el plan o proyecto debe ser autorizado o aprobado por ella». La evaluación ambiental de la zona especial de conservación se integraría así en la técnica, más general, de la evaluación de impacto ambiental, debiendo garantizarse en todo caso la consulta a las Comunidades Autónomas por la vía del informe preceptivo. Por ello, desestima la impugnación del art. 127 (FJ 3.º).

B) La regulación de la obligación de los titulares de actividades potencialmente contaminantes del suelo de realizar una evaluación preliminar tiene carácter básico

En tercer lugar, se recurre el art. 128.2 de la norma en cuestión, que modifica el art. 27.4.2.º de la Ley 10/1998, de 21 de abril de residuos en el sentido de establecer la obligación para los titulares de actividades potencialmente contaminantes del suelo de remitir a la Comunidad Autónoma periódicamente informes de situación sobre suelos contaminados. El TC recuerda que, pese a la derogación de la Ley de residuos de 1998, la nueva Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados sigue conteniendo dicha regulación de los llamados «informes preliminares» de situación en su art. 3.

La recurrente considera que este trámite previo de «evaluación preliminar» estaría condicionando y determinando el contenido del informe de situación y al constituir un acto de mera gestión, estaría limitando la competencia autonómica para declarar, delimitar, inventariar y elaborar la lista de prioridades de actuación.

El TC recuerda la solución vertida en la STC 104/2013, de 25 de abril, en la que se afirma que tanto desde una perspectiva formal como material, dicho precepto tiene carácter básico. Así, constituye una regulación de mínimos cuyo objeto es la preservación de intereses públicos medioambientales y que permite su superación por las Comunidades Autónomas. Más aún, remite a posterior regulación reglamentaria la determinación concreta del contenido mínimo de la evaluación preliminar, por lo que el recurso se estaría produciendo en realidad sobre una normativa todavía no existente; el TC recuerda que la «impugnación preventiva» está vedada en nuestra doctrina, por lo que desestima también el recurso en este extremo (FJ 4.º).

C) Las leyes de acompañamiento, como leyes ordinarias, pueden transponer derecho comunitario.

Por último, la Comunidad Autónoma aragonesa recurre el art. 129 de la Ley 62/2003, que modifica el Texto refundido de la Ley de aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. Mediante dicho artículo se procedía a incorporar a derecho interno la Directiva 2000/60/CE, lo que conforme a la recurrente estaría vedado a una ley de acompañamiento y por lo tanto conllevaría arbitrariedad y vulneración del principio de seguridad jurídica.

El TC recuerda su doctrina contenida en la STC 26/2013, de 14 de febrero, que resolvió un recurso planteado frente a la misma Ley. En ella, se decía que «no existe ningún mandato legal que exija que una Directiva comunitaria deba ser traspuesta a través de un determinado instrumento normativo», y que una Ley de acompañamiento es una ley ordinaria, y como tal, «puede entrar a regular cualquier materia no expresamente asignada a otro tipo legislativo».

En cuanto a la supuesta quiebra del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la recurrente justificaba ésta en que la acumulación de preceptos heterogéneos hace imposible a los ciudadanos un adecuado conocimiento del contenido de la Ley. El TC afirma que el objeto de la ley de acompañamiento, aunque heterogéneo, está perfectamente delimitado en el momento de presentación del proyecto al Congreso de los Diputados, teniendo todos

sus eventuales destinatarios (operadores jurídicos y ciudadanos) conocimiento del mismo mediante su publicación en el «Diario Oficial de las Cortes Generales», como finalmente tienen conocimiento del texto definitivo mediante su inserción en el «Boletín Oficial del Estado» (STC 136/2011, FJ 9.º). Por ello, el TC desestima también en este punto el recurso de inconstitucionalidad (FJ 5.º).

4. RESIDUOS

En la **Sentencia del Tribunal Constitucional 129/2013, de 4 de junio de 2013, (rec. n.º 5753-2002)**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso contra la Ley de Castilla y León 9/2002, de 10 de julio, sobre declaración de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad Autónoma.

A) La reserva de ley para declarar proyectos de interés regional sobre infraestructuras de residuos, así como la aprobación concreta de dichos proyectos por este medio constituye una ley singular y autoaplicativa, la cual conculca el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE

Dicha Ley establece para los citados proyectos regionales de residuos una regulación singular, distinta de la vigente para el resto de proyectos regionales que regula la Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de ordenación del territorio de la Comunidad de Castilla y León. Así, los proyectos podrían tener por objeto cualquier tipo de gestión de residuos, urbanos o industriales, peligrosos, no peligrosos o inertes. Una vez acreditada la concurrencia de un interés singular para la Comunidad Autónoma, pasarían a ser aprobados directamente por el poder legislativo, sin necesidad de la obtención de autorizaciones ni licencias, ya que la aprobación por ley implicaría la aptitud para la inmediata ejecución del contenido del proyecto. El control ambiental también quedaría reservado a la Comunidad Autónoma.

Al mismo tiempo, la Ley pasa, en su disposición adicional única, a declarar proyectos regionales de infraestructuras de residuos la planta de transferencia, de tratamiento físico-químico y depósito de seguridad de Santovenia del Pisuerga (Valladolid).

El recurso de inconstitucionalidad se fundamenta en la naturaleza de ley especial y autoaplicativa de la norma impugnada, lo cual, conforme a los recurrentes, vulneraría los principios de igualdad (art. 14 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), los principios de jerarquía normativa y de prohibición de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), el derecho al procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos (art. 105.c CE) y la reserva estatutaria de la función ejecutiva a la Administración autonómica (arts. 10, 19.1 y 20.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León). Asimismo, vulneraría el principio democrático (art. 1.1 CE) y el derecho de participación política a través de representantes reconocido en el art. 23.1 CE.

El TC acredita que, efectivamente, la disposición adicional mediante la que se aprueba el proyecto regional de Santovenia del Pisuerga constituye una ley singular de aplicación de la ley general en la que formalmente se enmarca, una ley que por lo tanto sería no solo singular sino también autoaplicativa y estaría, por lo tanto, sustituyendo la actividad

administrativa de aplicación de la ley general (FJ 3.º). El TC confirma que en el mismo texto hay en realidad dos leyes: una singular que permite declarar por Ley determinados proyectos regionales (artículo único) y otra que aplica esta primera (disposición adicional).

A continuación, el TC pasa a analizar la figura de la ley singular, indicando que esta característica no convierte automáticamente a una ley en inconstitucional, dada la ausencia de una «reserva de administración» en nuestra Constitución. Remitiéndose a su propia doctrina (STC 166/1986), el TC señala que para ser constitucionales, las leyes singulares, que representan un ejercicio anormal de la potestad legislativa, están sujetas a una serie de límites contenidos en la propia Constitución: el respeto del principio de igualdad exige que la ley singular responda a una situación excepcional igualmente singular que no sería remediable por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida por el principio de legalidad; de la misma forma, una ley singular no podría condicionar o impedir el ejercicio de derechos fundamentales, ya que esta es materia reservada a leyes generales. En ese sentido, el respeto de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no se limita a la garantía frente a leyes singulares expropiatorias, cubriendo más bien todos los derechos e intereses legítimos expresamente consagrados por la Constitución (FJ 4.º).

El TC pasa a analizar si en este caso se ha respetado el derecho a la tutela judicial efectiva, constatando que no es así, y basándose en dos razones: 1) «el art. 24.1 CE exige que su titular pueda instar la tutela que el precepto consagra, requisito éste que no se cumple en el caso de las leyes autoaplicativas en las que el planteamiento de la cuestión es una prerrogativa exclusiva del Juez, pero no un derecho del justiciable». 2) «En modo alguno corresponde al Tribunal Constitucional el control fáctico y de legalidad ordinaria —control de los elementos reglados de los actos de aplicación—», por lo que la intensidad del control constitucional que cabe realizar sobre una Ley autoaplicativa es menor que el que correspondería realizar a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa» (FJ 6.º). Igualmente imposible es el control, por parte del TC, del cumplimiento del Derecho comunitario, al que están sometidos los proyectos de interés regional; tal control, conforme a la jurisprudencia comunitaria, corresponde a la jurisdicción ordinaria (STJCE *Boxus v. Région wallone*).

Todo ello implica la incompatibilidad de esta Ley autoaplicativa con el derecho a la tutela judicial efectiva y, por lo tanto, el TC procede a declarar inconstitucional la reserva de ley formal para la aprobación de proyectos regionales de infraestructuras de residuos contenida en el artículo único de la Ley 9/2002, así como la ley autoaplicativa contenida en su disposición adicional (FJ 7.º).

B) La exención de licencias y autorizaciones municipales no vulnera necesariamente la autonomía local, al existir otras formas de participación local compatibles con ésta, como los informes de adecuación al planeamiento

A continuación, el TC se pronuncia sobre el resto de alegaciones del recurso, que se extendían sobre la eliminación de las autorizaciones y licencias en el marco de los proyectos de interés regional. Los recurrentes consideraban que esto vulneraba la autonomía local, al privarse a los municipios de sus competencias urbanísticas y medioambientales. El TC cita su jurisprudencia sobre autonomía local (SSTC 40/1998, de 19 de febrero, y 103/2013, de 25 de abril), indicando que el sometimiento de la actividad de los ciudadanos y de las

Administraciones públicas a licencias no es el único medio de participación del municipio, y que el legislador puede decidir justificadamente garantizar la intervención del municipio por otros medios, operando dentro de la garantía de la autonomía local, como por ejemplo la emisión de un informe sobre la conformidad o disconformidad de los proyectos con el planeamiento territorial o urbanístico en vigor (ATC 9/2013, de 15 de enero, FJ 5.º). En este caso, existe un informe local dentro del procedimiento administrativo que precede a la aprobación del proyecto de singular interés de la Comunidad Autónoma, y además éstos proyectos revisten un carácter excepcional, por lo que el TC considera que la exención de licencias y autorizaciones no vulnera la autonomía local (FJ 8.º).

Finalmente, el TC se pronuncia sobre la alegada vulneración del principio democrático. Dice el TC que dicho principio «impone que la formación de la voluntad se articule a través de un procedimiento en el que opera el principio mayoritario y, por tanto, la consecución de una determinada mayoría como fórmula para la integración de voluntades concurrentes» (STC 136/2011, de 13 de septiembre). Indica que los recurrentes no han formulado quejas relativas a que durante el debate parlamentario sobre la ley recurrida fuera impedida la representación, por lo que no resulta conculcado dicho principio (FJ 10.º).

De forma que el TC decide estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, declarando la nulidad de la reserva formal de ley para la aprobación del proyecto de especial interés regional y de cualquier referencia a la declaración por ley de tales proyectos, así como la declaración concreta contenida en la disposición adicional de la misma norma.

5. MINAS

A) **Acción pública materia ambiental. Declaración de impacto ambiental para la ejecución de una concesión de explotación de recursos mineros: discrepancia entre el órgano ambiental y el órgano sustantivo**

En su **sentencia de 25 de abril de 2013 (rec. núm 2959/2008)**, el **TSJ de Castilla y León** estima el recurso contra la desestimación por silencio administrativo de los recursos de alzada interpuestos por los recurrentes contra una resolución del Director General de Energía y Minas que otorgaba a una mercantil la concesión directa de una explotación por reclasificación de las autorizaciones de aprovechamientos de recursos de la Sección A) en la Sección C), en el término municipal de San Román de Hornija (Valladolid).

La Sala se pronuncia sobre las consecuencias que tienen las discrepancias entre el órgano sustantivo y el órgano ambiental a la hora de otorgar una autorización minera. Explica que el órgano sustantivo no puede dictar una autorización en contra de lo establecido en la DIA y si existiese tal discrepancia ésta debe resolverse por el órgano correspondiente. Además, entiende que el órgano sectorial no debió otorgar directamente la autorización del proyecto sin haber ponderado los intereses implicados en este tipo de autorizaciones, y en particular sin considerar que la DIA se refería a un proyecto que no iba a ser el ejecutado en la práctica. Para fundamentar su resolución el Tribunal parte de considerar lo dispuesto en los artículos 52.3 y 53 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León, que respectivamente establecen que los proyectos sujetos a EIA no podrán autorizarse o ejecutarse sin haberse formulado la correspondiente

DIA o en contra de lo previsto en la misma; y que en caso de discrepancia entre el órgano ambiental y el órgano sustantivo, respecto de la conveniencia de ejecutar el proyecto o sobre el contenido del condicionado de la DIA, resolverá la Junta de Castilla y León. Aunque reconoce que esta normativa no estaba en vigor en la fecha en que se solicitó la autorización, sí lo estaba el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1302/1986 que en el ámbito estatal recoge prescripciones semejantes.

Todo ello, razona el Tribunal, lo que significa es que no cabe dictar una autorización en contra de lo establecido en la DIA, y que caso de que el órgano con competencia sustantiva no estuviera conforme, posibilidad ésta que efectivamente puede darse en la realidad, no pondrá el mismo, ni aun fundamentándolo de forma razonada, apartarse directamente de esa declaración, sino que habrá de someterlo a la Junta de Castilla y León; mas lo que sucede es que para ello hace falta un *prius*, cual es y precisamente que el órgano con competencia sectorial se plantee esa discrepancia, de modo que si ello no sucede y está conforme con lo dictaminado por la Consejería de Medio Ambiente, no tendrá porqué observar tal trámite.

La sentencia es también interesante pues dado que el recurso se interpone sobre la base del ejercicio de una acción pública, el Tribunal tiene manifestarse sobre este tipo de legitimación. Recuerda que lo que la caracteriza es el reconocimiento legal al ciudadano de la legitimación que le habilita para intervenir en determinados ámbitos de la acción administrativa, no sólo durante el procedimiento de preparación y elaboración de la decisión de la Administración sino mediante su impugnación en vía jurisdiccional una vez que la decisión haya sido adoptada; y ello aunque ésta no afecte a su esfera de derechos o intereses de contenido patrimonial; no es preciso por ello prueba alguna del interés que ostentan, pues es la Ley la que les otorga la legitimación. La Sala considera que esta concepción de la acción pública en materia urbanística, *mutatis mutandi*, es perfectamente trasladable a la materia de medio ambiente, pues en el ámbito autonómico esta acción pública se reconoce en el artículo 88 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León.

6. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) *Canon de control de vertidos: relaciones con los tributos autonómicos sobre depuración*

La **sentencia del TS de 6 de mayo de 2013 (NR 3989/2011)** examina el sentido del apartado 8 del artículo 113 del TRLA. Dice este precepto que «*Cuando un sujeto pasivo del canon de control de vertidos esté obligado a satisfacer algún otro tributo vinculado a la protección, mejora y control del medio receptor establecido por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias, el importe correspondiente a este tributo se podrá deducir o reducir del importe a satisfacer en concepto de canon de control de vertidos*». El sujeto pasivo reprochaba que no se efectuase dicha deducción, a pesar de abonar el canon de saneamiento autonómico. Pero, como dice la sala, no existe ni se deriva del precepto transcrito facultad alguna para exigir a dichas Administraciones la elaboración

de un «convenio», sino la facultad de deducir o reducir el importe del canon de vertidos si estima que se produce una duplicidad en el pago, lo que no existe con dos tributos tan diferentes como los mencionados, que en ningún caso generan doble imposición.

b) Canon de control de vertido: cuantificación

Para tratar cuestiones propias de la cuantificación de este tributo siempre conviene introducir una explicación mínima acerca de las reglas de cálculo del mismo. 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.

La **sentencia del TS de 17 de enero de 2013 (NR 2942/2010)** trata de la cuantía relativa a vertidos no autorizados, rechazada por la empresa, sobre la base de que, en su opinión, se había estimado el volumen diario de un período de 157 días, a través tan solo de las muestras tomadas en tres de esos días, reprochando, en general, la falta de motivación de la liquidación. No comparte este criterio el Alto Tribunal, a la vista del informe pericial incorporado al expediente y de los aforos que resultan acreditados.

La **sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 31 de mayo de 2013 (NR 1366/2009)**, estima el recurso deducido por el Ayuntamiento, sujeto pasivo del canon, que invocaba la incorrección de la liquidación. De acuerdo con la prueba pericial, de un lado, se reduce sustancialmente el volumen o carga total contaminante en habitantes equivalentes y, de otro lado, se modifica el parámetro vinculado al medio receptor. En términos similares obtiene la estimación del recurso un ayuntamiento valenciano: es la **sentencia del TSJ de Valencia de 23 de enero de 2013 (NR 893/2010)**. También es exitoso el recurso deducido por el Ayuntamiento aragonés de Alcalá de la Selva frente la liquidación girada por la Confederación del Júcar. El TSJ rechaza el alto coeficiente K3 utilizado, vinculado únicamente a la falta de terminación de la EDAR, pero sin que se haya efectuado medición alguna. Es la **sentencia del TSJ de Valencia de 25 de enero de 2013 (NR 824/2010)**.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) Cuantificación de los tributos

La **sentencia del TS de 15 de mayo de 2013 (NR 932/2011)** trata del canon de saneamiento de Cantabria. Aborda la cuantificación del tributo por medida directa de la carga contaminante, que permite deducir de la carga contaminante de «salida», la de «entrada» y señala que corresponde al sujeto pasivo probar la magnitud de la carga «de entrada». Asimismo, rechaza la falta de motivación alegada. El Alto Tribunal se abstiene de entrar en numerosas cuestiones, dada la naturaleza autonómica de las normas contrapuestas.

También se centra en la cuantificación del canon de saneamiento, en este caso el de Asturias, la **sentencia del TSJ de Asturias de 19 de marzo de 2013 (NR 927/2011)**. Se trataba del gravamen correspondiente a un matadero frigorífico, en una actividad de secadero de piezas de jamón, dándose la circunstancia de que existe una fuerte discordancia entre el consumo autorizado y el real (mucho menor), lo que se constata definitivamente cuando al tiempo se instalan contadores, aunque había suficientes evidencias con anterioridad. Sobre esa base, se estima el recurso.

El volumen que representa la base imponible del impuesto es la clave de la **sentencia del TSJ de Murcia de 27 de marzo de 2013 (NR 245/2009)**. El recurso, deducido por la asociación de usuarios de un puerto deportivo, viene a fundamentarse en que sólo vierte a la red de saneamiento en torno a la vigésima parte del agua que se le suministra. La cuestión venía a ser si la demandante disponía de manera reglamentaria de la tecnología precisa para que se pudiera valorar la relación entre el volumen consumido y el vertido, hecho que no se acredita, por lo que se desestima el recurso deducido.

La **sentencia del TSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 2012 (NR 10/2012)** pone en relación aspectos de la cuantificación del tributo, en particular relativos al gravamen de la carga contaminante, con los propios del procedimiento de inspección, profusamente regulado en el Reglamento catalán. La sala respalda la actuación de la administración hídrica y rechaza el empleo de fórmulas alternativas de medición, una vez que el sujeto pasivo ha ignorado las obligaciones de declaración que le imponía la normativa.

Finalmente, la **sentencia del TSJ de Valencia de 30 de enero de 2013 (NR 1428/2005)**, estima, siguiendo una línea jurisprudencial reiterada, el recurso interpuesto por la empresa recurrente, que reprocha a la reglamentación del impuesto no haber desarrollado la ley en cuanto a la deducción por depuración privada. Dice el tribunal que esta omisión «*hace jurídicamente inviable la exigencia del canon, por la desidia de la Administración autonómica en la reglamentación antedicha*».

C) Tributos sobre residuos

a) Tasas municipales por recogida de basuras

Hemos de comentar unas cuantas sentencias referidas a esta tipología de tasas.

En primer lugar me voy a referir a la **sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, de 28 de enero de 2013 (NR 1441/2011)**, que trata sobre el hecho imponible de estas tasas, analizando si puede exigirse a una serie de viviendas que se encuentran sin habitar y que

no cuentan con suministro de agua y electricidad. La sala estimará el recurso, sobre la base de que si el inmueble no está en condiciones de ser habitado no puede producir los residuos cuya recogida se grava, situación que nada tiene que ver con la de viviendas no habitadas temporalmente (una segunda residencia, por ejemplo), que sí quedarían sometidas a la tasa.

En el caso resuelto por la **sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 1 de marzo de 2013 (967/2011)** la impugnación se basa, en primer lugar, en que el ayuntamiento «llevaba muchos años sin cobrarla». Es obvio que la sala rechaza semejante argumentación. Algo más de seriedad tiene el segundo motivo, que rechaza la imposición de la tasa municipal por prestarse la recogida a través de una entidad supramunicipal (una mancomunidad). Es perfectamente posible que el servicio lo preste materialmente otra entidad pública: esa entidad podría cobrar las tasas a los usuarios o ser el ayuntamiento el que las cobre, sosteniendo la mancomunidad como tengan a bien. El tercer motivo esgrimido, que cara a la ecuación coste-rendimiento de 2011 se toman datos de costes de 2009, tampoco lo va a compartir el TSJ, y señala la corrección de este proceder, sobre la base de los últimos datos ciertos que se poseen. Finalmente se impugna la diferenciación que obra en la Ordenanza entre viviendas, hoteles, bares, restaurantes, etc., y dentro de ellas, otras diferencias internas que atienden a ciertos datos objetivos. A la sala le parece que aunque no haya un análisis exhaustivo de todas las circunstancias, sí hay una valoración objetiva de las que concurren en cada caso y una distribución de las tarifas que no parece injustificada o incongruente, dentro de las posibilidades de adaptación de un tipo de tributo como es la tasa, que no permite personalizar en exceso cada situación particular sin caer en un individualismo difícil de aplicar. Señala para justificar la razonabilidad que lo que menos tributa son los domicilios privados y en cuanto a los establecimientos hay un escalonamiento teniendo en cuenta factores objetivos que no parecen equivocados, pues paga más, en principio, quien genera más basura.

Para finalizar, una mínima nota en relación con la **sentencia del TSJ de Valencia de 7 de marzo de 2013 (NR 1268/2010)**, que pone en solfa algunos de los problemas clásicos de la administración local. En este caso, estando consorciado el servicio de transferencia, valorización y eliminación de residuos urbanos, recurría la tasa uno de los Ayuntamientos que formaban parte precisamente del consorcio, invocando para sostener su legitimación su condición adicional de sujeto pasivo de la tasa. El caso es que ese Ayuntamiento no se había opuesto ni a la ordenanza ni siquiera a las liquidaciones, y aprovechó el padrón para mostrar un malestar vago e inconcreto, que será objeto de un duro reproche por parte de la sala.

D) Otros tributos autonómicos ambientales

a) *Impuesto asturiano sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente*

La **sentencia del TSJ de Asturias de 8 de enero de 2013 (NR 1249/2011)** desestima el recurso interpuesto en relación con cierta reglamentación del impuesto de Asturias sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente, rechazando las imputaciones de inconstitucionalidad del impuesto en cuestión y, por consiguiente, no planteando cuestión de inconstitucionalidad. Al entender del tribunal, el hecho imponible del impuesto

autonómico no es coincidente con ningún otro local, por lo que no se infringe el invocado artículo 6.3 de la LOFCA.

b) Impuestos sobre grandes superficies comerciales

La **sentencia del TC 96/2013, de 23 de abril**, declara la constitucionalidad del impuesto autonómico sobre daño ambiental causado por las grandes áreas de ventas, aprobado por las Cortes de Aragón. El fundamento de la sentencia es similar al que se dio en relación con similares figuras aprobadas por Cataluña o Asturias y que han sido comentadas en números anteriores de esta revista.

E) Otros tributos locales ambientales

a) Tasas por licencias ambientales

La **sentencia del TSJ de Cataluña de 7 de febrero de 2013 (NR 30/2012)** desestima el recurso deducido contra una liquidación en concepto de tasa por licencia ambiental, rechazando que exista la desproporción entre el importe de la tasa y el coste del servicio señalada por la recurrente. Siguiendo la doctrina jurisprudencial, se le dice que la ecuación entre el importe estimado de las tasas y el coste real o previsible del servicio no va referida a cada liquidación en concreto, sino que ha de apreciarse conjuntamente en función de la totalidad de los hechos imposables y costes del ejercicio. Invocaba la recurrente que existe un error de concepto en la configuración de la tasa, al tomar como base para la liquidación los metros cuadrados construidos y el número de plazas de aparcamiento, sin establecer un tope o límite máximo, lo que da lugar a liquidaciones absurdas y contrarias a derecho. Sin embargo —dice la sala—, si bien la ausencia de tope máximo puede llevar ciertamente a liquidaciones excesivas, no ha de suponer por si mismo la nulidad de la Ordenanza y de las liquidaciones giradas a su amparo, sino únicamente cuando el exceso quede comprobado, siempre respecto del conjunto del importe de las tasas.

JAVIER DOMPER FERRANDO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
SERGIO SALINAS ALCEGA
BEATRIZ SETUAIN MENDIA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

SUMARIO

1. NOTA PRELIMINAR.
 2. ENERGÍA ELÉCTRICA.
 3. GAS.
 - A) **Orden ITC/3354/2010. Peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y retribución de actividades reguladas. Vicios de procedimiento. Desestimación.**
 - B) **Orden ITC/3354/2010. Peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y retribución de actividades reguladas. Nulidad sustantiva. Desestimación.**
 4. TELECOMUNICACIONES.
 - A. **Competencias estatales para ordenar el régimen de las telecomunicaciones y radiocomunicaciones.**
 - B. **Resolución de un conflicto entre operadores por parte de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.**
-

1. NOTA PRELIMINAR

Este número incluye las sentencias recogidas en los Cuadernos Aranzadi 1 a 4 de 2013.

2. ENERGÍA ELÉCTRICA

Solicitada la aplicación del sistema de interruptibilidad por una determinada empresa, dicha solicitud fue denegada por resolución de la dirección General de política energética y minas, denegación cuya validez fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Recurrida dicha sentencia casación del Tribunal Supremo estima el recurso (STS de 18 de enero de 2013, rec. 5556/2009).

Por lo que respecta a la interpretación que hizo la sentencia de instancia sobre los requisitos para el acceso al régimen de interruptibilidad (establecidos en el apartado a) del punto 7,4.1.1 del título I del Anexo I de la Orden Ministerial de 12 enero 1995, y apartado

3 de la disposición transitoria primera del RD 1556/2005 de 23 de diciembre), el Tribunal Supremo analiza el contenido de dicha interpretación del Tribunal de instancia a partir de los antecedentes y fundamentos de las disposiciones administrativas aplicables.

Para el Tribunal Supremo la Sala de instancia concluye que no procede la aplicación automática del régimen de interruptibilidad por la simple concurrencia de los requisitos generales previstos, ya que exige un doble requisito adicional en cuya apreciación la administración cuenta con cierta discrecionalidad. Por un lado la aportación a la garantía del sistema y por otro lado que se derive un beneficio para el sistema. En el caso analizado concluye la sentencia impugnada que no se ha acreditado el beneficio económico requerido.

El Tribunal Supremo rechaza la interpretación de la sentencia recurrida pues estima que de acuerdo con la misma sería inaplicable el régimen de interruptibilidad. Por otro lado, añade que no pudo acreditarse la suficiencia de los beneficios al haberse denegado pruebas que causaron indefensión.

3. GAS

A) Orden ITC/3354/2010. Peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y retribución de actividades reguladas. Vicios de procedimiento. Desestimación

La Orden ITC/3354/2010 de 28 diciembre, por la que se establecieron los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas fue impugnada parcialmente. Concretamente se impugnó la disposición final segunda por la que se modificó el artículo 18.1 de la ITC/3393/2006 de 29 diciembre. La pretensión anulatoria se fundó en que no se habrían observado los requisitos procedimentales legales establecidos para la actualización anual de la retribución de las empresas de distribución de gas, ni se habría justificado la diferenciación de trato entre la fórmula de revisión de la retribución entre las actividades de transporte y de distribución.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 febrero 2013, rec. 184/2011, desestimó el recurso. En primer lugar, no obstante, rechaza la alegación de falta de legitimación opuesta por la parte demandada, basada en que la recurrente se dedica al transporte de energía, mientras que la Orden impugnada se ocupa de la distribución. El Tribunal Supremo admite la legitimación al entender que las dos actividades guardan estrecha relación por lo que lo dispuesto en la Orden sobre distribución afecta a la retribución del transportista.

Admitido el recurso el Tribunal Supremo rechaza que la Orden impugnada no hubiera seguido los trámites establecidos en el artículo 20,5 segundo párrafo del RD 949/2001 para la actualización anual de la retribución de las empresas distribuidoras.

La razón fundamental Tribunal Supremo para rechazar el recurso es que la Orden impugnada no estableció un nuevo sistema de retribución de la actividad de distribución, ya que se limitó a mantener el establecido para el 2010. Se trata, por tanto, de una mera decisión de política económica determinada por los datos económicos, y no de una nueva metodología para la fijación de la retribución. Por ello, no se debía seguir el procedimiento establecido en el RD 949/2001.

Esta decisión, añade el Tribunal Supremo, puede ser discutible en cuanto al fondo, más aun cuando su contenido se separa del Informe de la Comisión Nacional de la Energía, pero no por ello es contraria a derecho en base al argumento aducido de vulnerar el procedimiento fijado en una norma de rango superior.

Finalmente se rechaza la alegación subsidiaria según la cual la Orden impugnada habría vulnerado el principio de igualdad al tratar de forma desigual a las actividades de distribución y transporte. En relación con esta alegación el Tribunal se limita a decir que no se puede alegar vulneración del principio de igualdad por tratarse de dos actividades distintas.

B) Orden ITC/3354/2010. Peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y retribución de actividades reguladas. Nulidad sustantiva. Desestimación

En la sentencia del Tribunal Supremo de 18 febrero 2013, rec. 177/2011, el Tribunal vuelve a examinar la Orden ITC/3354/2010, pero en esta ocasión se plantea una cuestión sustantiva, al cuestionarse por una determinada empresa gasista la corrección de la retribución establecida por el transporte de energía.

Para la recurrente la Administración ha hecho una incorrecta aplicación del artículo 5,4 de la Orden ITC/3993/2006, Orden que posee naturaleza normativa y que por tanto no puede ser derogada singularmente. Añadiéndose que tampoco era posible aplicar retroactivamente la Orden ITC/1890/2010 para el cálculo de la retribución.

El Tribunal afirma que la aplicación de la Orden ITC/1890/2010 para aplicar el índice de precios al consumo y el índice de precios industriales, modificando lo dispuesto en la Orden ITC/3993/2006, no supone una aplicación retroactiva de la primera de las Órdenes citadas contraria a derecho. El Tribunal reitera en este punto su doctrina ya consolidada sobre el principio de irretroactividad de las normas, el principio de confianza legítima y la seguridad jurídica, con la cita de la sentencia de 25 febrero 2011, rec. 119/2009. En síntesis se afirma que no existe un derecho a la petrificación o congelación en la determinación de las retribuciones de las actividades de regasificación, por lo que la Orden impugnada podría modificar los criterios para fijar la retribución de las empresas gasistas profuturo.

Tampoco existe una derogación singular de la orden de 2006, ya que la Orden posterior posee igual naturaleza y rango normativo.

Por último, reconoce que la Orden impugnada no sigue el criterio del informe de la Comisión nacional de la energía, pero ello no invalida la norma, ya que el informe no era vinculante.

4. TELECOMUNICACIONES

A. Competencias estatales para ordenar el régimen de las telecomunicaciones y radiocomunicaciones

La impugnación del Decreto 174/2002 de 11 junio de la Junta de Andalucía, por el que se regula el régimen de concesión de emisoras de radiodifusión sonora en ondas métricas

con modulación de frecuencia, ha dado ocasión al Tribunal Supremo a reiterar su doctrina, y la del Tribunal Constitucional, sobre el alcance de las competencias estatales atribuidas en el artículo 149,1,22 y 27 (régimen de las telecomunicaciones y radiocomunicaciones, 149,1.21, y régimen jurídico de la radio y televisión, 149,1,27).

El Tribunal Supremo parte en su sentencia de 21 de marzo de 2013, rec. 4106/2009 de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 244/1993, 278/1993 y 5/2012, así como de lo establecido en su propia sentencia del 2 noviembre 1999, rec. 1152/1992, en relación con las competencias autonómicas en materia de concesión de emisoras de radiodifusión.

Aplicando dicha doctrina al caso enjuiciado, el Tribunal Supremo concluye en la sentencia que comentamos lo siguiente:

a. «De acuerdo con las directrices jurisprudenciales que se desprenden de las sentencias constitucionales 278/1993 (RTC 1993, 278) y 5/2012 (RTC 2012, 5), podemos afirmar que la crítica casacional que se formula a la sentencia recurrida, por anular los apartados 1 y 2 del artículo 6 del Decreto 174/2002, en la medida que la Sala de instancia no toma en consideración que del tenor literal de dichas disposiciones no se advierte que la competencia del Estado quede cercenada por el reconocimiento de la competencia de la Junta de Andalucía para determinar que aspectos o elementos deben considerarse condiciones esenciales de la concesión de servicio público de radiodifusión, referidas a características de carácter técnico de telecomunicaciones, —la frecuencia de emisión, las coordenadas de ubicación del centro emisor y la potencia— y para autorizar la modificación de estas condiciones, debe ser acogida, en cuanto el ejercicio de esta competencia queda expresamente condicionada a la previa conformidad del órgano competente de la Administración General del Estado, lo que evidencia la vinculatoriedad de la decisión que adopte sobre estos elementos técnicos la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones».

b. «El reproche casacional que se formula al pronunciamiento de la Sala de instancia, relativo a la declaración de nulidad del apartado 2 del artículo 8 del Decreto 174/2002, de 11 de junio, por fundamentarse «la anulación normativa» del precepto en una «interpretación en hipótesis», que excede del tenor y espíritu del texto, que se limita a determinar que la extinción de la concesión «supondrá que la frecuencia quede disponible para una nueva concesión», debe ser acogida, en cuanto que consideramos que dicha disposición no atribuye competencias de asignación de frecuencias al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en detrimento de la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones, al sólo fijar uno de los efectos que conlleva la declaración de extinción de la concesión de gestión de servicio público de radiodifusión, sin interferir en el régimen de concesión demanial del espacio público radioeléctrico».

B. Resolución de un conflicto entre operadores por parte de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones

El acuerdo del Consejo de la CMT que resolvió el conflicto entre Avances en Telefonía S.L. y Telefonía Móviles España SAU, relativo a la restricción de acceso a determinados números 906 de la red inteligente de Telefónica de España SAU, fue impugnado por la primera entidad del recurso fue desestimado por la audiencia nacional, licencia dicha

sentencia se interpuso recurso de casación, que a su vez fue desestimado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de marzo de 2013, rec. 6080/2009.

El recurso casacional se artículo en base a 16 motivos de casación, de los que nos importa destacar los fundamentados en la incorrecta aplicación de la normativa, sin que interese hacer referencia a los fundados en el quebrantamiento de las normas esenciales del. En particular, no importa reseñar el contenido del fundamento de derecho quinto en el que se analiza el motivo casación al basado en la incorrecta aplicación el artículo 50 de la ley 32/2003.

En síntesis el Tribunal Supremo afirma que el artículo 50 de la ley 32/2003 no puede interpretarse, como pretende la recurrente, en el sentido de que la CMT carezca de facultades para resolver los conflictos relativos a interconexión suscitados con operadores privados para el Tribunal Supremo el artículo 1,dos,2-f de la ley 12/1997 de liberalización de las telecomunicaciones otorga esa función a la CMT.

También se rechaza (FJ séptimo) de la resolución de la CMT sea contraria al reglamento de interconexión ya que, dice, la recurrente» lo ha efectuado una crítica rigurosa y convincente», y se ha limitado a reiterar los argumentos de aducidos en primera instancia sede casacional. Se reitera además en este punto la doctrina del propio Tribunal Supremo sobre la interpretación del artículo 4,2 del RD 1651/1998 de 24 de julio (STS 20 de junio de 2006, rec. 9740/2003 y otras).

En el FJ undécimo se rechaza el motivo de casación fundado en que el control de las llamadas realizado por la operadora TME era contrario al artículo 18.3 de la constitución, ya que para el Tribunal Supremo encontró llevado a cabo no aceptó a la esfera de intimidad constitucionalmente garantizada, sin que sea necesaria una orden judicial para llevar a cabo el control del listado de llamadas al estar prevista la función fiscalizadora de la CMT en la ley General de telecomunicaciones.

RICARD GRACIA RETORTILLO
JOSEP MOLLEVI I BORTOLO
JOAQUÍN TORNOS MAS
MARC VILALTA REIXACH

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

SUMARIO

1. CONSUMO.
 - A) Auto de Aclaración de la Sentencia que declara como abusivas las cláusulas suelo de préstamos hipotecarios poco claras.**
 2. DEPORTE.
 - A) Declaraciones públicas que excluyen la contratación de un futbolista profesional por ser presentado como homosexual.**
 - B) Impugnación directa del Real Decreto que regula el título de técnico deportivo en buceo deportivo con escafandra autónoma fijando sus enseñanzas mínimas y los requisitos de acceso.**
 3. EDUCACIÓN.
 - A) No universitaria.**
 - a) Anulación de la denominación asignada a escuelas infantiles.
 - B) Universitaria.**
 - a) Inconstitucionalidad de la no exigencia de Ley para el reconocimiento de las universidades de la Iglesia.
 4. EXTRANJEROS.
 - A) Libre circulación de personas en la Unión Europea.**
 - B) Ilegalidad parcial del Reglamento de Extranjería (2011).**
 - C) Extradición.**
 - D) Asilo y condición de refugiado.**
 5. JUEGO.
 - A) Prestación de servicios en la organización de apuestas deportivas y proceso monitorio europeo.**
 6. SANIDAD.
 - A) Legalidad del Reglamento de la UE sobre encefalopatías espongiformes transmisibles.**
-

1. CONSUMO

A) Auto de Aclaración de la Sentencia que declara como abusivas las cláusulas suelo de préstamos hipotecarios poco claras

En el n.º 60 de esta revista se dio cuenta de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. núm. 485/2012, *RJ/2013\3088*. Ahora, tras la solicitud —del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, NCG Banco, S.A.U. y Cajas Rurales Unidas, S.C.C.— de rectificación, aclaración y subsanación de la Sentencia, al amparo de lo dispuesto en los arts. 214 y 215 LEC y 267 LOPJ, el Pleno de la Sala 1.ª del TS dicta **Auto de Aclaración de 3 de junio de 2013**. Al efecto cabe recordar que la Sentencia declaró la nulidad de las cláusulas enjuiciadas por la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero. b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA. e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Las entidades de crédito habían interesado el pronunciamiento de que se declarase que, para la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, era preciso que concurriesen todas las circunstancias indicadas. No obstante, la Sala declara que no es preciso que concurren de forma simultánea todas las circunstancias y que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia e incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, constituye un resultado que no puede sustituirse por el cumplimiento de formalismos carentes de eficacia en tal sentido —lectura por el Notario, etc.—. También declara que las cláusulas suelo pueden ser nulas aunque el consumidor se hubiera visto beneficiado durante un tiempo por las bajadas del índice de referencia. Finalmente, decidió que, además de los pronunciamientos referidos a la nulidad de la cláusula y las circunstancias valoradas a tal fin, deben publicarse los relativos a la subsistencia de los contratos y a la irretroactividad de la sentencia.

2. DEPORTE

A) Declaraciones públicas que excluyen la contratación de un futbolista profesional por ser presentado como homosexual

La **STJ de 25 de abril de 2013**, asunto C-81/12, tiene origen en una cuestión prejudicial planteada desde la Corte de apelación de Bucarest, con fundamento en un litigio iniciado por la organización no gubernamental Accept, que presentó una denuncia contra el Sr.

Becali y el SC Football Club Steaua București SA, por violación del principio de igualdad de trato en materia de contratación de personal, debido a las declaraciones públicas pronunciadas por quien se presenta como el directivo de un club de fútbol profesional y así lo percibe la opinión pública, en las que excluía la contratación por dicho club de un futbolista al que se presentaba como homosexual.

El órgano jurisdiccional remitente considera que, en todo caso, la relación entre el FC Steaua y el Sr. Becali es atípica. En efecto, desde el punto de vista legal, el 8 de febrero de 2010 éste vendió las acciones del FC Steaua de las que era titular y dicha venta fue inscrita en el registro mercantil el 23 de febrero siguiente, mientras que las declaraciones discriminatorias datan del 13 de febrero de 2010. Ahora bien, del expediente del que dispone el Tribunal de Justicia se deduce que, en Derecho rumano, la venta de acciones sólo puede oponerse a terceros una vez que ha adquirido publicidad mediante su inscripción en el registro mercantil. Según el órgano jurisdiccional remitente, tras haber vendido sus acciones, el Sr. Becali no cambió de actitud en sus apariciones públicas, sino que continuó denominándose a sí mismo «comanditario» del FC Steaua. En estas circunstancias, al menos en el «imaginario» colectivo, el Sr. Becali conservó con el FC Steaua las mismas relaciones que tenía antes de la venta de sus acciones.

En concreto las declaraciones reproducidas en la primera cuestión prejudicial rezan así: *«No cojo a un homosexual en el equipo ni aunque el [FC Steaua] tenga que cerrar. El rumor rumor es, pero poner algo así por escrito si no es cierto..., y encima que salga en la portada. A lo mejor (el jugador de fútbol [...] X [...]) no es homosexual. Pero ¿y si lo es? A un tío mío que no creía ni en Dios ni en el diablo le dije yo: 'supongamos que Dios no existe. Pero ¿y si existe? ¿Qué pierdes por comulgar? ¿No sería mejor ir al cielo?' Me hizo caso. Un mes antes de morir fue a comulgar. Que Dios le perdone. Nada pinta un gay en mi familia y el [FC Steaua] es mi familia. Prefiero jugar con alguien de la cantera que con un gay. Para mí esto no es discriminación. No pueden obligarme a que trabaje con cualquiera. Yo también tengo derecho a trabajar con quien quiera, igual que ellos tienen sus derechos... ¡No lo cogería ni aunque el mismísimo Dios en sueños me garantizase al 100 % que X no es homosexual! Se ha escrito demasiado en los periódicos que es homosexual. ¡No lo cogería ni aunque [el actual club del jugador X] me lo ofreciera gratis! Ya puede ser el mayor pendenciero y el mayor borracho... que como sea homosexual no quiero saber nada de él».*

Al efecto, el Tribunal de Justicia establece que: «los artículos 2, apartado 2, y 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que hechos como aquellos de los que trae causa el litigio principal pueden calificarse de «hechos que permit[e]n presumir la existencia de discriminación» respecto de un club de fútbol profesional, cuando las declaraciones de que se trate emanen de quien, sin disponer necesariamente desde el punto de vista jurídico de la capacidad necesaria para vincularlo o representarlo en materia de contratación de personal, se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club».

Asimismo, desde el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, desde la existencia de discriminación, la orientación sexual en la contratación de jugadores por un club de fútbol profesional, la carga de la prueba, tal como se regula en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 lleva a exigir una prueba imposible de aportar sin violar el derecho de respeto a la vida privada. Y el Tribunal de Justicia responde que el artículo 10, apartado

1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que hechos como aquellos de los que trae causa el litigio principal sean calificados de «hechos que permit[e]n presumir la existencia de discriminación» basada en la orientación sexual en la contratación de jugadores por un club de fútbol profesional, la carga de la prueba tal como está modificada en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 no lleva a exigir una prueba imposible de aportar sin violar el derecho al respeto a la vida privada.

Finalmente, se pregunta si el artículo 17 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando la existencia de discriminación basada en la orientación sexual se constata una vez expirado el plazo de prescripción de seis meses desde la fecha en que se cometieron los hechos, sólo cabe pronunciar una amonestación como aquella de que se trata en el litigio principal. Al respecto responde el Tribunal de Justicia que: *«el artículo 17 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando se constata la existencia de discriminación basada en la orientación sexual, en el sentido de dicha Directiva, una vez expirado el plazo de prescripción de seis meses desde la fecha en que tuvieron lugar los hechos, sólo cabe pronunciar una amonestación como la controvertida en el litigio principal si, con arreglo a la misma normativa, tal discriminación no se sanciona en condiciones de fondo y de procedimiento que confieran a la sanción carácter efectivo, proporcionado y disuasorio. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si es así con respecto a la normativa controvertida en el litigio principal y, en su caso, interpretar el Derecho nacional en todo lo posible a la luz del texto y de la finalidad de dicha Directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue».*

B) Impugnación directa del Real Decreto que regula el título de técnico deportivo en buceo deportivo con escafandra autónoma fijando sus enseñanzas mínimas y los requisitos de acceso

La **STS de 18 de junio de 2013**, Ar. 4918, desestima el recurso directo interpuesto por distintas asociaciones y sociedades que señalan que: *«En España las más importantes escuelas de buceo (85% del mercado) son las que componen la Asociación de Buceo Recreativo de España (ABRE), la parte demandante, esto es: PADI, SSI, ACUC, Barrakuda, PDA, IDEA»*, y de que *«se trata, en consecuencia, de un recurso contra una normativa general que afecta al sector hegemónico y mayoritario de buceo en España»*. En su recurso, en primer lugar se alegan infracciones relativas al procedimiento de elaboración del reglamento, que el TS desestima.

En segundo lugar, en cuanto a cuestiones competenciales se argumenta que la nueva normativa estatal afecta a la establecida en algunas Comunidades Autónomas, pero no, a pesar de que ello sería lo relevante, que la distribución territorial de competencias derivada del bloque de constitucionalidad no lo permite.

Finalmente, por destacar lo esencial, se fundamenta el recurso en razón de su rango y de lo que regula, se infrinja el principio de reserva de ley en el ejercicio de las profesiones tituladas que consagra el artículo 36 CE. Ahora bien, su artículo 1.2 dispone que *«los elementos recogidos en el presente Real Decreto, no constituyen una regulación del ejercicio de profesión titulada alguna»*. Y realmente es así, porque no define ni regula una

o unas profesiones cuya posibilidad de ejercicio se subordine jurídicamente a la posesión del título que establece. No regula «atribuciones» profesionales propiamente dichas, en el sentido de facultades o actividades que queden reservadas a uno u otro profesional, sino, más bien, «competencias» profesionales, personales y sociales, entendidas como conocimientos, aptitudes y habilidades que se adquieren en el proceso formativo. Su efecto jurídico se limita por tanto a regular el derecho al título, que se adquiere por la superación de las específicas enseñanzas que se establecen y organizan, y a reconocer como inherente a él unas determinadas capacidades profesionales. No se regula el ejercicio de una profesión titulada, esto es, un empleo, facultad u oficio que deje de ser libre por quedar su ejercicio subordinado a la posesión de un título, ni se penetra por consiguiente en el ámbito jurídico constitucionalmente reservado a la ley.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) *Anulación de la denominación asignada a escuelas infantiles*

La STS de 10 de mayo de 2013, rec. núm. 379/2012, ratifica la anulación de un Decreto de la Comunidad de Madrid, a instancias del Ayuntamiento de la Villa de Madrid, en lo referente a los nombres asignados a diversas escuelas infantiles de los municipios de Madrid, Alcorcón, Griñón y Paracuellos del Jarama, debido a dos defectos: uno, de tramitación, por no haber consultado previamente al Consejo Escolar; el otro, por no haber motivado debidamente la disconformidad con los nombres sugeridos por los ayuntamientos afectados.

B) Universitaria

a) *Inconstitucionalidad de la no exigencia de Ley para el reconocimiento de las universidades de la Iglesia*

En relación con la Ley Orgánica de Universidades (LOU, de 2001) se produjeron, en su momento, siete recursos de inconstitucionalidad. A lo resuelto por la STS 223/2012 ya hicimos referencia en nuestra crónica publicada en el número 57 de esta REVISTA. Durante el periodo que ahora nos ocupa, se han dictado otras tres sentencias: la STC núm. 131/2013, de 5 de junio de 2013, la STC núm. 134/2013, de 6 de junio de 2013, y la STC núm. 141/2013, de 11 de julio de 2013. Dando cuenta aquí, solamente —como suele ser el criterio generalmente seguido—, de los aspectos que tienen una más inmediata y directa relevancia sobre el ordenamiento, podemos indicar que, en la primera de estas dos sentencias, el Tribunal Constitucional considera inconstitucional (pero con efectos únicamente *pro futuro*), por discriminatoria, la diferencia de trato establecida por el legislador en el régimen de las universidades privadas y, más concretamente, la no existencia de una exigencia de un ley formal para el reconocimiento de las universidades de la Iglesia Católica (disposición adicional cuarta, apartado segundo); ley que sí se exige para las demás universidades privadas. Hay que señalar que, al parecer mayoritario, se oponen cinco votos particulares, suscritos por seis magistrados.

4. EXTRANJEROS

A) Libre circulación de personas en la Unión Europea

Sobre esta cuestión tenemos que mencionar dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo sendas solicitudes de cuestiones prejudiciales interpretativas.

Así, la **STJ de 30 de mayo de 2013**, *as. Arslan*, C-534/11, se refiere a las posibilidades de mantener privados de libertad a nacionales de un país tercero tras la presentación de su solicitud de asilo en un Estado miembro de la Unión. A este respecto, el Tribunal de Luxemburgo interpretará la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, en el sentido de que no se oponen a que el nacional de un tercer país que haya presentado una solicitud de protección internacional, tras haber sido internado, se mantenga en internamiento sobre la base de una disposición de Derecho nacional cuando, tras una apreciación casuística de todas las circunstancias pertinentes, resulta que dicha solicitud fue presentada únicamente con el fin de obstaculizar o de frustrar la ejecución de la decisión de retorno y es objetivamente necesario mantener la medida de internamiento para evitar que el interesado eluda definitivamente su retorno

Por su parte, la **STJ de 4 de junio de 2013**, *as. ZZ*, C-300/11, dictada por la Gran Sala, se enfrenta con la interpretación a otorgar a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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, en concreto en lo que respecta a la posibilidad prevista en su art. 30.2 de que las decisiones limitativas al derecho de libre circulación y de residencia no sean motivadas en cuanto a las razones de orden público, seguridad pública o salud pública que las fundamenten cuando «se opongán razones de seguridad del Estado». Aplicado este supuesto, por parte de las autoridades del Reino Unido, a un ciudadano que poseía la doble nacionalidad (francesa y argelina) y que, casado con una británica, pretendía regresar al Reino Unido, donde tenía previamente concedida la residencia permanente, se plantea, frontalmente, la compatibilidad del ejercicio de esta previsión con el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A estos efectos, el Tribunal de Luxemburgo (cuya extensa motivación no se puede resumir aquí) trata de hacer una interpretación conciliadora —que hace recaer sobre el juez nacional encargado de la revisión de la medida restrictiva de que se trate— entre el interés por la seguridad del Estado y los derechos de defensa, condensándolo, en último término, en el sentido de que el juez nacional competente debe velar por que se limite a lo estrictamente necesario la facultad de la autoridad nacional competente de no comunicar al interesado, con precisión y por extenso, las razones en las que se fundamenta una resolución restrictiva, así como los correspondientes elementos de prueba, garantizando en todo caso que se comunique al interesado el contenido esencial de tales razones de una manera en que se tenga debidamente en cuenta la necesaria confidencialidad de las pruebas.

B) Ilegalidad parcial del Reglamento de Extranjería (2011)

La STS de 12 de marzo de 2013, rec. núm. 343/2011, resuelve un recurso directo contra el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y conviene resaltar que lo hace teniendo en cuenta, primeramente (y como no podía ser de otra manera), la STC 17/2013 —a la que ya hicimos referencia en nuestra anterior crónica— que resolvió sobre la inconstitucionalidad parcial de la Ley de Extranjería de 2003; pero también lo hace teniendo a la vista la Directiva 2008/115/CE —que hemos mencionado en el apartado anterior—. Dicho muy resumidamente, el Tribunal Supremo considera ilegal que no se permita al propio trabajador beneficiario de una autorización de contratación que ha presentado el empleador recurrir (diferenciadamente, con respecto a este último) la eventual denegación de la misma. También considera ilegal la exigencia de comparecencia personal prevista en el reglamento para algunos supuestos de solicitud de residencia temporal, por aparecer *ex novo* en esta disposición reglamentaria sin estar prevista en la propia Ley (como exigiría el art. 40.1 LRJPAC con respecto a la regulación, más general, de las comparecencias de los ciudadanos ante las oficinas públicas, que dispone que sólo serán obligatorias cuando así esté previsto en una norma con rango de ley). En fin, el Alto Tribunal también anula la previsión reglamentaria relativa a que las oficinas consulares o misiones diplomáticas, cuando no son competentes para resolver, puedan inadmitir a trámite las solicitudes ante ellos presentadas.

C) Extradición

Dos SSTS de 25 de marzo de 2013, rec. núm. 369/2012, y de 9 de mayo de 2013, rec. núm. 494/2012, resuelven sendos recursos interpuestos en procedimientos de extradición solicitadas por Serbia y Croacia, respectivamente. Tras rechazar la excepción de inadmisibilidad planteada por el Abogado del Estado y recordar el carácter mixto (administrativo y judicial) y «trifásico» (fase gubernativa inicial, posterior fase judicial ante la Audiencia Nacional y, finalmente, fase gubernativa definitiva) del procedimiento de extradición pasiva, ambas sentencias desestiman los recursos interpuestos contra los Acuerdos del Consejo de Ministros: en el primer caso, sobre continuación en vía judicial (o sea, la que hemos denominado fase gubernativa inicial) y, en el segundo, sobre continuación de la decisión jurisdiccional de acceder a la extradición (o sea, la gubernativa definitiva).

D) Asilo y condición de refugiado

Sendas SSTS de 27 de marzo de 2013, rec. núm. 2429/2012 y rec. núm. 2529//2012, anulan las sucesivas denegaciones gubernamentales y ordenan que se proceda a la admisión a trámite y estudio de las solicitudes de protección internacional, que tenían como beneficiarias a dos personas saharauis.

5. JUEGO

A) Prestación de servicios en la organización de apuestas deportivas y proceso monitorio europeo

La STJ de 13 de junio de 2013, asunto C-144/12, tiene origen en una cuestión prejudicial planteada desde Austria, y en la que se dilucida la funcionalidad del proceso monitorio euro-

peo en relación con una presunta deuda contraída en la prestación de servicios en la organización de apuestas deportivas. El origen del conflicto radica en un contrato de prestación de servicios celebrado por la empresa Goldbet, dedicada a la organización de apuestas deportivas, con el Sr. Sperindeo que se compromete a organizar y garantizar la difusión de tales apuestas en Italia. En particular, debía cobrar las cantidades apostadas en los centros locales de recogida y entregar a Goldbet los importes que correspondieran, una vez deducidos los premios abonados a los apostantes. Al entender que el Sr. Sperindeo había incumplido sus obligaciones contractuales, Goldbet solicitó, un requerimiento europeo de pago. El Sr. Sperindeo presentó escrito de oposición dentro de plazo contra dicho requerimiento europeo de pago, argumentando que la pretensión era infundada y el importe reclamado no era exigible. A raíz de dicha oposición se presentó una excepción de falta de competencia de los tribunales austriacos, porque las pretensiones de Goldbet se basaban en un contrato de prestación de servicios cuyo lugar de cumplimiento, en el sentido del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento n.º 44/2001, se situaba en Italia y, por otra parte, la competencia de dichos tribunales no podía fundarse en el artículo 24 del Reglamento n.º 44/2001, pues el escrito de oposición presentado por el Sr. Sperindeo no podía considerarse como una comparecencia, en el sentido de dicho artículo. El órgano jurisdiccional remitente considera que los tribunales austriacos carecen de competencia con arreglo al artículo 5, punto 1, letra b), del Reglamento n.º 44/2001, ya que la actividad encomendada por Goldbet al Sr. Sperindeo se situaba exclusivamente en Italia. No obstante, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si el escrito de oposición presentado por el demandado contra un requerimiento de pago, sin impugnar la competencia del órgano jurisdiccional de origen, puede considerarse como una comparecencia, en el sentido del artículo 24 del Reglamento n.º 44/2001, que atribuye la competencia a los tribunales austriacos.

Mediante sus cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 6 del Reglamento n.º 1896/2006, en relación con el artículo 17 de dicho Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que una oposición al requerimiento europeo de pago que no incluya una impugnación de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen debe considerarse como una comparecencia, en el sentido del artículo 24 del Reglamento n.º 44/2001, y si es pertinente, a este respecto, el hecho de que el demandado, en el marco del escrito de oposición presentado, haya formulado alegaciones sobre el fondo del asunto. Y el Tribunal de Justicia responde que el artículo 6 del Reglamento n.º 1896/2006, en relación con el artículo 17 del mismo Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que una oposición al requerimiento europeo de pago que no incluya una impugnación de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen no puede considerarse como una comparecencia en el sentido del artículo 24 del Reglamento n.º 44/2001, y que carece de pertinencia al respecto el hecho de que el demandado, en el marco del escrito de oposición que presentó, haya formulado alegaciones sobre el fondo del asunto.

6. SANIDAD

A) **Legalidad del Reglamento de la UE sobre encefalopatías espongiformes transmisibles**

La STJ de 11 de julio de 2013, *as. Francia c. Comisión*, C-601/11 P, zanja definitivamente la legalidad del Reglamento 999/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo,

por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles. En efecto, el Tribunal de Justicia ratifica la previa desestimación del recurso establecida por el Tribunal General en el recurso de anulación interpuesto por Francia contra esta disposición de Derecho derivado, al desestimar el recurso de casación interpuesto. Conviene precisar que la impugnación de la República Francesa se había fundado en la consideración de que el Reglamento no era suficientemente estricto en la protección de la salud de las personas, en la incorrecta regulación de la incertidumbre científica sobre la transmisibilidad de este tipo de enfermedades y en la indebida aplicación del principio de cautela (entre otras consideraciones). Obviamente, el Reino Unido había comparecido en el proceso en primera instancia como parte coadyuvante de la Comisión (parte demandada principal).

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
EDORTA COBREROS MENDAZONA

XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCION.

1. RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

- A) Jurisdicción: la declaración de concurso no impide al orden jurisdiccional contencioso-administrativo pronunciarse acerca de la legalidad de la sanción impuesta en un procedimiento tributario, y resolver el incidente de suspensión.**
- B) Órganos: no existe diferencia orgánica, a efectos del principio de igualdad, entre las Secciones de apoyo y las Secciones ordinarias de una Sala de lo Contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia.**
- C) Objeto.**
 - a) Los indultos son susceptibles de control jurisdiccional en cuanto a los límites y requisitos que deriven directamente de la Constitución o de la Ley, pese a que se trate de actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos.
 - b) La consulta de un partido político a la Junta Electoral central trasciende los contornos de la Administración electoral y despliega una eficacia externa que determina la existencia de un acto impugnabile conforme a la regla general del artículo 25 de la LRJCA.
- D) Sujetos: Legitimación: las víctimas de un delito por el que luego sus autores fueron indultados tienen legitimación activa conforme al principio pro actione.**
- E) Procedimiento.**
 - a) La exigencia del 45.2 d) LJCA no se refiere a la acreditación de la legitimación para recurrir, sino de que la interposición del recurso responde a la intención real de la entidad que lo promueve.
 - b) Los defectos cometidos por la Administración al emplazar a los interesados en el proceso contencioso-administrativo son imputables al Tribunal que no advierte o no corrige tales anomalías.
 - c) La pérdida sobrevenida de objeto del recurso contencioso administrativo no se trata de una causa de inadmisión, sino una forma de terminación anticipada del proceso.
- F) Medidas cautelares.**
 - a) No se pueden adoptar medidas cautelares contra un tercero ajeno al procedimiento de recaudación, pues con ello se vulneraría el principio de seguridad jurídica subjetiva.

- b) No hay perturbación grave para los intereses generales derivados de la suspensión, sin que se haya demostrado tal perturbación.
- c) Como consecuencia del concurso no se dan los presupuestos determinantes de la suspensión del art. 130 LJCA, pues los hipotéticos daños que pudieran producirse serán evitados por el Juez del concurso, si ante él se demandan.

G) Extensión de efectos: si el Tribunal de instancia entendió que la solicitud de ejecución no se ajustaba formalmente a las previsiones legales, debió dar lugar a un trámite de subsanación y no a la apreciación de extemporaneidad de la solicitud, una vez presentada en forma ante el propio órgano de la ejecución.

2. RECURSO DE CASACIÓN.

A) Motivos: cabe el recurso de casación cuando el derecho autonómico invocado como infringido reproduzca normativa estatal de carácter básico y cuando se haga valer la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre un precepto de derecho estatal.

INTRODUCCION

La presente Crónica recoge pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el 1 de diciembre 2012 hasta el 1 de marzo de 2013, entre los que merecen ser destacados los relativos a la incidencia de la declaración de concurso en el incidente de suspensión; a la diferencia orgánica entre las Secciones de apoyo y las Secciones ordinarias; y al control jurisdiccional de los indultos.

1. RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción: la declaración de concurso no impide al orden jurisdiccional contencioso-administrativo pronunciarse acerca de la legalidad de la sanción impuesta en un procedimiento tributario, y resolver el incidente de suspensión

Según la **STS de 20 de diciembre de 2012 (ROJ: STS 8598/2012, Rec. n.º 5083/2011)**, la jurisdicción exclusiva y excluyente que el artículo 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, atribuye a los Juzgados de lo Mercantil para el conocimiento de los asuntos que se promuevan contra el concursado, no impide las resoluciones que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo pueda adoptar respecto de la legalidad de los actos administrativos de los que nacen los créditos tributarios y, por consiguiente, sobre suspensión de los mismos, con o sin garantías, debiendo señalarse que esta limitación al principio de universalidad que preside el repetido artículo 8, está reconocida por el artículo 87 de la Ley Concursal. Así pues, la declaración de concurso no impide que este Orden jurisdiccional no solo se pronuncie acerca de la legalidad de la sanción impuesta en un procedimiento tributario, sino que resuelva sobre el incidente de suspensión y de ésta con o sin garantías. Cuestión totalmente distinta es la de la decisión que se adopte acerca de la prestación o

no de garantía y de las consecuencias que ello pueda tener en el procedimiento concursal, sobre las cuales no ha de pronunciarse esta Sala.

B) Órganos: no existe diferencia orgánica, a efectos del principio de igualdad, entre las Secciones de apoyo y las Secciones ordinarias de una Sala de lo Contencioso-administrativo de un Tribunal Superior de Justicia

La **STC 11/2013, de 28 de enero**, dilucida si una Sección de una Sala y la constituida en el programa de actuación por objetivos en apoyo de la misma Sección constituyen el mismo órgano jurisdiccional o son, por el contrario, entidades orgánicas diferenciadas. Es decir, si son o no el mismo órgano judicial.

El primer inciso del artículo 216 bis LOPJ, redactado por el art. único 40 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece que «[c]uando el excepcional retraso o la acumulación de asuntos en determinado juzgado o tribunal no puedan ser corregidos mediante el reforzamiento de la plantilla de la oficina judicial o la exención temporal de reparto prevista en el artículo 167.1, podrá el Consejo General del Poder Judicial acordar excepcionales medidas de apoyo judicial consistentes en la adscripción, en calidad de jueces sustitutos o jueces de apoyo, de los jueces en prácticas a que se refiere el artículo 307.1, en el otorgamiento de comisiones de servicio a jueces y magistrados o en la adscripción de jueces sustitutos o magistrados suplentes, para que participen con los titulares de dichos órganos en la tramitación y resolución de asuntos que no estuvieran pendientes».

Del tenor literal de este precepto resulta claro que con estas medidas no se procede a la creación de un nuevo órgano jurisdiccional, sino, simplemente, a la adscripción, a uno ya existente, de Jueces de apoyo, Jueces sustitutos o Magistrados suplentes, o al otorgamiento de comisiones de servicio para que participen en dichos órganos en la tramitación de los asuntos pendientes. Es decir, la labor de apoyo se desarrolla en el seno de los mismos órganos jurisdiccionales beneficiados de la labor de refuerzo y no en otros diferentes. Se adscriben o comisionan jueces al órgano jurisdiccional, cuya naturaleza orgánica permanece invariada, de manera que la labor de refuerzo se desarrolla no en órganos nuevos sino en órganos ya existentes. De igual manera que el órgano jurisdiccional permanece invariable, esto es, siendo el mismo, en los casos de cambio de titular —v. gr. por concurso de traslados, excedencias, servicios especiales, etc.—, en el supuesto de adscripción de titulares por el establecimiento de medidas de apoyo o refuerzo no se produce el alumbramiento de un nuevo órgano jurisdiccional, sino un mero engrosamiento coyuntural del personal judicial al servicio del mismo.

La conclusión que se alcanza consiste en afirmar que la Sección de Apoyo a la Sección constituida en el denominado «programa de actuación por objetivos en apoyo a la Sección «no era una Sección distinta de la Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia. Afirmación ésta que permite apreciar la existencia de todos los requisitos establecidos por la doctrina de este Tribunal Constitucional para que pueda entenderse vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), pues determina la identidad de órgano judicial, al no existir diferencia orgánica entre la Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia y

la Sección de Apoyo a la Sección constituida en el denominado «programa de actuación por objetivos en apoyo a la Sección».

C) Objeto

- a) *Los indultos son susceptibles de control jurisdiccional en cuanto a los límites y requisitos que deriven directamente de la Constitución o de la Ley, pese a que se trate de actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos*

La **STS de 20 de febrero de 2013** (ROJ: STS 546/2013, Rec. n.º 165/2012, resuelve un asunto en el que se recurre el inciso final de un indulto en el que se señala que quedan sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria, lo que podría superar el contenido esencial y propio del indulto.

Señala que no se debe confundir el hecho de que la decisión graciable, en cuanto a su adopción, no esté sujeta a mandato legal alguno, siendo de plena disposición para el Gobierno la concesión o denegación del indulto, con el hecho de que se trate, por ese motivo, de una prerrogativa inmune a todo control. El indulto no es indiferente a la Ley, muy al contrario es un *quid aliud* respecto de la Ley, y, por tanto, no puede ser ajeno a la fiscalización de los Tribunales, pues en un Estado constitucional como el nuestro, que se proclama de Derecho, no se puede admitir un poder público que en el ejercicio de sus potestades esté dispensado y sustraído a cualesquiera restricciones que pudieran derivar de la interpretación de la Ley por los Tribunales.

Ciertamente la prerrogativa de indulto, a diferencia de las potestades administrativas, no es un poder fiduciario cuyo único fin legítimo sea satisfacer un interés público legalmente predeterminado, pero esa sustantiva diferencia con la potestad administrativa y con sus singulares mecanismos de control, como la desviación de poder, no empece para que el ordenamiento también regule aspectos esenciales del ejercicio de esta potestad graciable que operan como límites infranqueables para el Gobierno. Quiere decirse con ello que el control judicial respecto de los actos del Gobierno no queda limitado al ejercicio de sus potestades administrativas, sino que también se extiende a otros actos de poder procedentes del Ejecutivo, en la medida en que están sujetos a la Ley, aunque no se cumpla con ellos una función administrativa.

Por ello, los indultos son susceptibles de control jurisdiccional en cuanto a los límites y requisitos que deriven directamente de la Constitución o de la Ley, pese a que se trate de actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos, sin que ello signifique que la fiscalización sea *in integrum* y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución. El propio Tribunal Constitucional ha señalado que la decisión (conceder o no conceder) no es fiscalizable sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional (ATC 360/1990, FJ 5).

En definitiva, como se afirmó en la sentencia de Pleno de la Sala de los Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2005 (Rec. 161/2004), los actos del Gobierno están sujetos a la Constitución y a la ley según nos dice el artículo 97

del texto fundamental, concretando respecto de este órgano el mandato general del artículo 9.1, y los Tribunales, prescribe su artículo 106.1, controlan la legalidad de la actuación administrativa, lo cual guarda estrecha conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1, también de la Constitución. Por eso, la LJCA, a la que se remite en este punto el artículo 26.3 de la Ley 50/1997, del Gobierno, dispone en su artículo 2 a), que este orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con «la protección jurisdiccional de derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuera la naturaleza de dichos actos». Precepto legal este último que recoge la jurisprudencia sentada por la Sala Tercera bajo la vigencia de la LJCA de 1956 y que encuentra su más completa expresión en las Sentencias de su Pleno de 4 de abril de 1997 (recursos 602, 634, 726, todos de 1996) conforme a las cuales los Tribunales de lo Contencioso Administrativo han de asumir aquél control, incluso frente a los actos gubernamentales de dirección política, cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse para comprobar si el Gobierno ha respetado aquellos y cumplido estos al tomar la decisión de que se trate.

Pues bien, la jurisprudencia ha señalado reiteradas veces, en relación con esta concreta materia, que la fiscalización judicial abarca los elementos reglados de la gracia. Así, aún cuando el Gobierno puede decidir a quién perdona y a quién no y si perdona la totalidad o solo parte de la pena, e incluso imponer condiciones para la condonación, lo cierto es que lo que se puede perdonar, el contenido material del indulto, lo marca la Ley y este elemento reglado es el que abre la puerta al control de la jurisdicción.

b) La consulta de un partido político a la Junta Electorales central trasciende los contornos de la Administración electoral y despliega una eficacia externa que determina la existencia de un acto impugnabile conforme a la regla general del artículo 25 de la LRJCA

La **STS de 28 de febrero de 2013** (ROJ: STS 1088/2013, n.º recurso: 530/2012) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un partido político contra un acuerdo de la Junta Electoral Central que resuelve sobre la aplicabilidad del art. 169.3 de la LOREG. Para ello, rechaza en primer lugar la causa de inadmisibilidad del recurso relativa a que tratarse de una actividad no susceptible de impugnación, opuesta por la Junta Electoral Central,

En la impugnación resuelta en la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2011 (recurso ordinario 294/2011), al igual que ocurrió en la del Auto de 20 de mayo de 2011 (recurso ordinario 293/2011) al que esa misma sentencia remite, los Acuerdos de la Junta Electoral Central impugnados se limitaban a responder, como entonces se dijo «dentro de los contornos de la Administración electoral», a consultas formuladas por las Juntas Electorales Provinciales sobre celebración de determinadas manifestaciones y reuniones.

Aquellos Acuerdos de la Junta Electoral Central tenían el único efecto de trasladar a las Juntas Provinciales el criterio vinculante de la Junta Central consultada respecto de la aplicación e interpretación del artículo 54 de la LOREG. Los efectos de carácter vinculante

se referían sólo a las Juntas Electorales Provinciales. Los acuerdos de la Junta Electoral Central carecían de eficacia externa, ya que correspondía a las Juntas provinciales que consultaban la decisión dictar el acto o resolución que pudiera tener efectos externos y resultar lesivo, en su caso, de los derechos de reunión o de manifestación a que afectaban las consultas. Ese criterio de la ausencia de eficacia externa, es el que también expresan los Autos de 3 de diciembre de 2010 (Rec. ordinario 354/2010) y de 11 de enero de 2012 (Rec. ordinario 85/2010).

En el caso que ahora se analiza el Acuerdo responde, como se ha dicho, a la consulta de unos partidos políticos (ex artículo 20, segundo inciso, de la LOREG) y no a consultas formuladas en el seno de la propia Administración electoral por las Juntas Electorales provinciales (ex artículo 19.1 d) LOREG) por lo que se trascienden «los contornos de la Administración electoral». La eficacia externa de la resolución se desprende de su notificación al partido recurrente y del ofrecimiento expreso, que contiene el Acuerdo de la misma Junta Electoral Central que declara la firmeza en vía administrativa del Acuerdo impugnado, de la posibilidad de su impugnación en esta vía contencioso-administrativa.

El Acuerdo tiene así, por sí mismo, virtualidad lesiva de los derechos fundamentales que se invocan en el proceso ya que el simple incumplimiento del requisito que declara, de aportar un número considerable de firmas de aval de los electores inscritos en el censo electoral de la circunscripción por la que pretendan concurrir (artículo 169.3 LOREG), determina la no proclamación de las candidaturas sin resolución ni intervención alguna previa de las Juntas Provinciales, dada la unificación de criterios interpretativos que la LOREG atribuye a la Junta Electoral Central [artículo 19.1 f)]. Es más, el propio texto del Acuerdo declara que la consulta que resuelve tiene un carácter general, que determina que se haya dispuesto la inserción formal de su texto en el Boletín Oficial del Estado, por aplicación de lo que dispone el artículo 18.6 de la LOREG. Nos encontramos por ello ante un acto impugnabile conforme a la regla general del artículo 25 de la LRJCA.

D) Sujetos: Legitimación: las víctimas de un delito por el que luego sus autores fueron indultados tienen legitimación activa conforme al principio pro actione

La **STS de 20 de febrero de 2013** (ROJ: STS 546/2013, Rec. n.º 165/2012, resuelve un asunto en el que se recurre el inciso final de un indulto en el que se señala que quedan sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria, lo que podría superar el contenido esencial y propio del indulto.

Sobre la legitimación de los recurrentes, la resolución que comentamos señala como, en el orden contencioso-administrativo, la legitimación activa se deduce, según una consolidada jurisprudencia, en consideración a la titularidad de un derecho o interés legítimo que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un efecto positivo o beneficio o la eliminación de un efecto negativo o perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. Esta ventaja ha de ser concreta y efectiva. El criterio de delimitación de la legitimación fundado en la existencia de un derecho o interés legítimo, como superador del inicial interés directo en el orden contencioso-administrativo, ha sido reiteradamente declarado

por el Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 60/2001, de 29 de enero, 203/2002, de 28 de octubre, y 10/2003, de 20 de enero).

Así la STC 52/2007, de 12 de marzo, FJ 3, nos recuerda que en relación al orden contencioso-administrativo, 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 positivo (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).

El principio pro actione, expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, impone así interpretar con amplitud la fórmula del art. 19.1.a) LJCA, sin que ello suponga, desde luego, una relativización o devaluación de los presupuestos o requisitos procesales exigidos por la Ley de la Jurisdicción.

Las razones que justificaban la legitimación de los recurrentes que habían sido víctimas del delito por el que sus autores han sido indultados, se basan en que si los recurrentes han sido parte en el proceso penal, por su voluntad y por autorizarlo así la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y fueron intervinientes en el procedimiento administrativo preparatorio del ejercicio de la prerrogativa de gracia, por quererlo también su ley reguladora y haber sido incorporados al expediente con este fin, no es posible negarles ahora su aptitud para este proceso, tan estrechamente vinculado a los anteriores en su génesis y justificación, pues tan concernidos están aquí sus intereses como lo estuvieron en el proceso penal y en el procedimiento administrativo seguido en el Ministerio de Justicia.

La disociación de la condena penal y el indulto no es correcta. El indulto, y su extensión, sólo se justifica en la previa condena penal, de suerte que sin condena no puede haber indulto, como se encarga de recordar el art. 2 de la ley reguladora de la gracia. Si la víctima tiene interés en la condena también lo tiene en el perdón y en su contenido, pues si aquella satisface moralmente un interés personal que justifica la legitimación y así lo reconoce la Ley, el perdón no puede dejar de producir ese mismo efecto procesal por la razón contraria.

Se puede argüir que la víctima no puede impedir el indulto, pues esta prerrogativa pertenece a la categoría de los actos graciables cuya concesión o denegación es libérrima para el poder público titular de la misma. Siendo esto así, lo que no es ajeno a la víctima es que, ya que ha de aceptar el perdón público, éste se ajuste a lo previsto en la Ley y no se extienda más allá de los límites que ésta impone, pues si se concede la gracia extramuros de la Ley, ese interés que justificó su presencia en el proceso penal sería completamente burlado. Precisamente esta es la ventaja o utilidad jurídica potencial que justifica su presencia en este proceso y no tanto la voluntad de que se respete la ley o de que se aparte de su actividad profesional a determinadas personas. No obstante, esta última consideración tampoco es ajena a la legitimación en el caso que aquí comentamos. El delito de acusación falsa por el que los indultados fueron condenados, y del que los recurrentes fueron víctimas, se realizó —como se establece en los hechos probados de las sentencias— en el ejercicio de una determinada actividad profesional, la bancaria, de donde resulta que

no es ilegítimo que quien lo sufrió pretenda mantener apartados de dicha actividad a los indultados.

Observadas conjuntamente las anteriores consideraciones desde esa atalaya que es el principio pro actione, el Alto Tribunal reconoce la aptitud de los demandantes para participar en este proceso, superándose el requisito necesario de la legitimación.

E) Procedimiento

- a) *La exigencia del 45.2 d) LJCA no se refiere a la acreditación de la legitimación para recurrir, sino de que la interposición del recurso responde a la intención real de la entidad que lo promueve*

La **STS de 4 de diciembre de 2012** (ROJ: STS 8116/2012; Rec. n.º 4745/2010) ha señalado que cuando el artículo 45.2.d) LJCA establece que al escrito de interposición del recurso deberá acompañarse «el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación», no se está refiriendo a la acreditación de la legitimación para recurrir, sino más sencillamente a la constatación documental de que la interposición del recurso responde a la intención real en tal sentido de la entidad que lo promueve.

Como dice la STS de 16 de julio de 2012 (rec. casación n.º 2043/2010), el problema del cumplimiento de la carga procesal del artículo 45.2.d) de la Ley de este orden de jurisdicción no debe reconducirse hacia una cuestión de legitimación procesal ex art. 19.1 de la misma Ley, porque se trata de cuestiones distintas, que pueden o no coincidir. Puede ocurrir, en efecto, que aun no siendo discutible la legitimación de una entidad desde la perspectiva del art. 19 de la Ley Jurisdiccional (en la medida que el acto impugnado afecte a su esfera de interés legítimo, o porque se trate de un ámbito en el que cabe el ejercicio de la acción pública) sin embargo sea inadmitido el recurso promovido en nombre de dicha entidad no por falta de legitimación sino por no aportar el documento que autoriza para el ejercicio de acciones, en cuyo caso el recurso será inadmisibile, insistimos, no por falta de legitimación sino por no constar la decisión de recurrir adoptada por el órgano competente de la persona jurídica, esto es, por no haber acreditado, al fin y a la postre, su voluntad real de promover el recurso y combatir el acto impugnado. En sentido inverso, una entidad puede justificar cumplidamente en el escrito de interposición de su recurso el cumplimiento de la carga del 45.2.d) LJCA y sin embargo carecer de legitimación (por no afectar en modo alguno el acto impugnado a su esfera de interés y no resultar procedente en el caso examinado la acción pública).

Quiere decirse con ello que el requisito del art. 45.2.d) LJCA no va unido en forma necesaria a la legitimación ex art. 19.1 de la misma Ley y que el problema del cumplimiento del requisito de este precepto es un problema de validez de la comparecencia, más que de legitimación en los términos del referido artículo 19.

Por consiguiente, cuando se examina el efectivo cumplimiento de esta carga procesal se trata simplemente de comprobar la constancia documental de que la interposición del recurso ha sido promovida por quien tiene formalmente atribuida la competencia para expresar la voluntad y la decisión en tal sentido de la persona jurídica, siendo ocioso

extender esa comprobación hacia cualesquiera otras cuestiones atinentes al tema de fondo. A estos limitados efectos que acabamos de precisar, habrá de acudir a la normativa rectora de la constitución de esa persona jurídica (v.gr., al Derecho de Sociedades para el caso de las empresas mercantiles) y a sus estatutos o normas de constitución y gobierno interno. Por lo demás, la valoración del cumplimiento de este requisito no puede hacerse desde un formalismo exagerado ni desde criterios apriorísticamente restrictivos, cuando lo que está en juego es el acceso al recurso y la obtención de la tutela judicial efectiva. En ese sentido, la jurisprudencia constante ha dicho una y otra vez que este es un requisito susceptible de subsanación, por lo que no hay inconveniente alguno en que la parte que inicialmente no lo ha observado pueda subsanar el defecto a lo largo del procedimiento, sea por propia iniciativa, a la vista de la oposición a la admisión del recurso formulada por la parte contraria o, en fin, a instancia del Tribunal.

b) Los defectos cometidos por la Administración al emplazar a los interesados en el proceso contencioso-administrativo son imputables al Tribunal que no advierte o no corrige tales anomalías

La **STC 242/2012, de 17 de diciembre**, ha reconocido que el deber de emplazamiento personal puede quedar excluido cuando el recurso contencioso-administrativo se dirija contra una disposición de carácter general (STC 61/1985, de 8 de mayo, FJ 3) o contra «un acto general no normativo» o «un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos» (STC 82/1985, de 5 de julio, FJ 3) si esa misma indeterminación de los posibles afectados impide su emplazamiento personal (en el mismo sentido, STC 133/1986, de 29 de octubre, FJ 4; y ATC 875/1987, de 8 de julio, FJ único). Pero de existir interesados identificados o susceptibles de serlo, que tengan un singular posición con el objeto del proceso, lo procedente será, obviamente, el emplazamiento personal de los mismos, para permitir su personación a fin de sostener la conformidad a Derecho de la disposición impugnada.

En el caso enjuiciado se constata que las sociedades demandantes ostentaban la condición de interesadas y estaban identificadas en el expediente administrativo, teniendo una singular posición en relación con el objeto de la norma urbanística impugnada. En este sentido, se resalta que la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo acordó oficiar a la Administración para que procediera al emplazamiento de los propietarios de las parcelas. Sorprendentemente, el órgano judicial consintió que la Administración no llevara a debido efecto lo que a la misma se le había ordenado, tras contestar el Viceconsejero de Ordenación Territorial que no procedía el emplazamiento personal sino el edictal previsto en el art. 49.4 LJCA. Ante lo cual, el órgano judicial no sólo desistió de su inicial determinación sino que también se abstuvo de ordenar el emplazamiento edictal sugerido por la Administración, procediendo a dictar Sentencia sin más trámite.

Se advierte así la similitud del presente recurso de amparo con el resuelto en la STC 125/2000, de 16 de mayo, en la que se enjuició igualmente la ausencia de todo emplazamiento, personal o edictal, en un proceso contencioso-administrativo derivado de la impugnación de una modificación de un plan general de ordenación urbana estando vigente la LJCA de 1956. También se afirmó entonces la necesidad de emplazar a los interesados personalmente si estaban identificados o eran identificables, revistiendo especial trascen-

dencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC] reiterar esa consideración bajo la vigencia de la actual LJCA de 1998.

Se concluirse así que la ausencia de emplazamiento personal de las sociedades demandantes de amparo supuso la infracción de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) originada tanto por la Administración, al no haber llevado a cabo los emplazamientos debidos (art. 49.1 LJCA), como por el órgano judicial (art. 49.2 LJCA), ya que los defectos cometidos por la Administración al emplazar a los interesados en el proceso contencioso-administrativo son imputables al Tribunal que no advierte o no corrige tales anomalías (SSTC 105/1995, de 3 de julio, FJ 3; y 197/1997, de 24 de noviembre, FJ 3).

c) *La pérdida sobrevenida de objeto del recurso contencioso administrativo no se trata de una causa de inadmisión, sino una forma de terminación anticipada del proceso*

La **STS de 28 de febrero de 2013** (ROJ: STS 1088/2013, n.º recurso: 530/2012) ha señalado que la pérdida sobrevenida de objeto del recurso contencioso administrativo no está contemplada entre las previstas en el artículo 69 LJCA, lo que resulta lógico pues no se trata de una causa de inadmisión. En realidad, la pérdida sobrevenida de objeto presupone que el recurso es admisible pero, por circunstancias sobrevenidas, pierde su finalidad al haber sido satisfechas las pretensiones ejercitadas. Se trata, más bien, de un modo de terminación anticipado del proceso, no contemplado entre los previstos por la Ley de este orden jurisdiccional.

Una jurisprudencia constante considera aplicable la desaparición sobrevenida de la materia en litigio o pérdida sobrevenida de objeto como forma de terminación anticipada del proceso contencioso administrativo (ex artículo 22.1 LEC) sobre todo en el caso de anulación de disposiciones de carácter general, como son los instrumentos de planeamiento urbanístico [Cfr., por todas, Sentencia de la Sección Quinta de esta Sala de 21 de septiembre de 2011 (Casación 4291/2007) y las que en ella se citan]. En la sentencia de la misma Sección Quinta de 26 de enero de 2012 (casación 3057/2009) se dijo que «Esta Sala viene aceptando algún modo de terminación del proceso contencioso-administrativo no previsto específicamente en los artículos 74, 75 y 76 de la Ley reguladora de ésta, singularmente el de pérdida del objeto —véase sentencia de 20 de noviembre de 2009 (casación 520/2007)— supuesto que no es igual al de la satisfacción extraprocésal. Por lo demás, también la Ley de Enjuiciamiento Civil atempera el rigor del principio de ‘perpetuatio jurisdictionis’ en cuanto contempla que las circunstancias sobrevenidas tengan incidencia en el proceso cuando la innovación privare de interés legítimo a las pretensiones formuladas ‘...por haber sido satisfechas extraprocésalmente o por cualquier otra causa’ (artículo 413, apartados 1 y 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 22 de la misma Ley)».

Ahora bien, para que la pérdida sobrevenida de objeto surta su efecto ha de ser completa, por las consecuencias que su declaración comporta, determinando la clausura anticipada del proceso, tal como resulta de la regulación contenida en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por eso, en la citada sentencia se recordaba que «como señala la sentencia del Tribunal Constitucional STC 102/2009 ‘... la causa legal de terminación anticipada de un proceso por pérdida sobrevenida de su objeto, de conformidad

a lo establecido en el art. 22, se conecta con la pérdida del interés legítimo en obtener la tutela judicial en relación a la pretensión ejercitada, y precisamente por ello su sentido es evitar la continuación de un proceso...'. Y por ello, en esa misma sentencia 102/2009, el Tribunal Constitucional declara que para que la decisión judicial de cierre del proceso por pérdida sobrevenida del objeto resulte respetuosa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es necesario que la pérdida del interés legítimo sea completa».

F) Medidas cautelares

- a) *No se pueden adoptar medidas cautelares contra un tercero ajeno al procedimiento de recaudación, pues con ello se vulneraría el principio de seguridad jurídica subjetiva*

La **STS de 21 de febrero de 2013** (ROJ: STS 893/2013, Rec. n.º 3265/2011) ha reconocido que la adopción de medidas cautelares contra un tercero ajeno al procedimiento de recaudación, contra el que nada se ha iniciado, es atentar contra el principio de seguridad jurídica subjetiva consagrado constitucionalmente.

El concreto tema del recurso se centra en determinar si es posible adoptar un acuerdo sobre medidas cautelares frente al presunto responsable solidario del pago de deudas tributarias con anterioridad a la adopción del acuerdo sobre derivación de responsabilidad frente a ese presunto responsable. Sobre tal posibilidad ya se pronunció en sentido negativo la misma Sala en sentencia de 16 junio 2011 (recurso de casación n.º 2799/2008), cuyos razonamientos tienen un sustancial valor indicativo de la correcta doctrina a seguir. Se concluía en aquella sentencia que la adopción de medidas cautelares respecto de los responsables tributarios vienen referidas al período que abarca desde la iniciación del procedimiento contra los mismos hasta sus conclusión y consiguiente declaración de responsabilidad.

Aceptar que se puede adoptar medidas cautelares contra un tercero ajeno al procedimiento de recaudación, puesto que contra el mismo nada se ha iniciado, es atentar contra el principio de seguridad jurídica subjetiva consagrado constitucionalmente, al autorizarse la adopción de medidas, que pudieran ser muy graves a veces, sin el menor indicio de responsabilidad, pues de darse, lo propio es iniciar inmediatamente del procedimiento de declaración de responsabilidad, y adoptar simultánea o posteriormente, las medidas cautelares adecuadas.

- b) *No hay perturbación grave para los intereses generales derivados de la suspensión, sin que se haya demostrado tal perturbación*

El artículo 133.1 LJCA establece que «Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos».

En el asunto resuelto por la **STS de 15 de enero de 2013** (ROJ: STS 29/2013, Rec. n.º 2223/2012), el auto recurrido funda exclusivamente la exigencia de caución en la falta de acreditación por parte de la recurrente de la imposibilidad de obtener garantía suficiente para responder de los perjuicios que la adopción de la suspensión pudiera ocasionar. Parece

extraerse de esta conclusión que el perjuicio es el que se ocasionaría a la Hacienda por la falta de ingreso de la sanción ya que no se menciona para nada la existencia de otro perjuicio.

El Alto Tribunal considera que esta conclusión no es acertada, porque llevaría al extremo de que en los supuestos de suspensión de sanción pecuniaria, siempre habría que exigirse caución o garantía, lo que supondría una generalización del precepto, que no es conciliable con los términos del mismo —«pudieran derivarse perjuicios», «podrá exigirse»—, que conducen a una concepción más particularista, a un examen del supuesto tal cual se le presenta al juzgador, a una determinación del perjuicio que en el caso concreto se puede ocasionar a la Hacienda. Y es en este punto, donde se invierte la carga de la prueba, pues, aceptada por la Sala de instancia que el ingreso inmediato de la sanción «dada la elevada cuantía de la misma» va a producir perjuicios al interesado, será preciso que la otra parte, en este caso, el Abogado del Estado, deba invocar y probar que la suspensión ya acordada va a producir perjuicios a los intereses generales.

c) Como consecuencia del concurso no se dan los presupuestos determinantes de la suspensión del art. 130 LJCA, pues los hipotéticos daños que pudieran producirse serán evitados por el Juez del concurso, si ante él se demandan

La **STS de 18 de diciembre de 2012** (ROJ: STS 8600/2012, Rec. n.º 2392/2012) señala que es indudable que la situación de concurso coloca al deudor de la Hacienda en una posición debilitada. Ahora bien, su patrimonio está salvaguardado precisamente por la situación de concurso en que se encuentra, pues no en vano el art. 8, apartados 3.º y 4.º de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, atribuye a la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez de lo mercantil que conozca del concurso el patrimonio y las vicisitudes que al mismo afecten, tanto respecto a las ejecuciones frente a los bienes y derechos, como a las medidas cautelares a adoptar.

Desde esta salvaguarda, difícilmente podría apreciarse el elemento determinante de una medida cautelar de suspensión que no es otro, conforme a las disposiciones reguladoras de las mismas en nuestra jurisdicción (arts. 130 y siguientes LJCA), que la producción de daños y perjuicios para el recurrente como consecuencia de la ejecución del acto. A este respecto conviene traer a colación lo dispuesto en el art. 55, apartados 3.º y 4.º de la Ley Concursal —a la que se remite el art. 164.2 de la Ley General Tributaria—, en el que se establece la imposibilidad de ejecutar el patrimonio del concursado, ni seguirse apremios administrativos o tributarios, dejando sólo a salvo la de los procedimientos administrativos de ejecución ya comenzados. A la vista de estos preceptos, puede decirse que no se dan los presupuestos determinantes de la suspensión del art. 130 LJCA, pues los hipotéticos daños que pudieran producirse serán evitados por el Juez del concurso, si ante él se demandan.

G) Extensión de efectos: si el Tribunal de instancia entendió que la solicitud de ejecución no se ajustaba formalmente a las previsiones legales, debió dar lugar a un trámite de subsanación y no a la apreciación de extemporaneidad de la solicitud, una vez presentada en forma ante el propio órgano de la ejecución

La **STS de 14 de febrero de 2013** (ROJ: STS 743/2013, Rec. n.º 536/2012) no comparte el criterio de la Sala de instancia, en el que se atiende única y exclusivamente a la petición

formulada ante dicho órgano a los efectos del cómputo del plazo de un año establecido en el artículo 110.1.c) LJCA, sin tomar en consideración la solicitud deducida frente a la Administración ni la posterior demanda de ejecución. Y ello por cuanto, contrariamente a la consideración de esta última demanda como una cuestión ajena a la extensión, que se contiene en la resolución impugnada, se afirma que existe una clara conexión entre ambos procedimientos, como se pone de manifiesto en el hecho de que el Alto Tribunal venga conceptuando el procedimiento de extensión de efectos como un incidente de ejecución [Sentencia, de 14 de febrero de 2007 (casación 4403/2001)]. De modo que, si el Tribunal de instancia entendió que la solicitud de ejecución no se ajustaba formalmente a las previsiones legales, debió dar lugar a un trámite de subsanación y no a la apreciación de extemporaneidad de la solicitud, una vez presentada en forma ante el propio órgano de la ejecución.

Sentado lo anterior, hay que traer a colación que el Tribunal Supremo ha confirmado, en sentencias desestimatorias anteriores, pronunciamientos de inadmisión similares al que ahora nos ocupa. Así ha ocurrido en las recientes sentencias de 10 de mayo de 2012 (Casación 4220/2011) de 17 de mayo de 2012 (Casación 4222/2011), de 24 de mayo de 2012 (Casación 4224/2011) y otra del mismo 24 de mayo de 2012 (Casación 4228/2011). Por ello se justifica el cambio de criterio que se adopta en este caso, en virtud de la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida, entre otras muchas, en las sentencias 38/2011, de 28 de marzo (FJ 7) ó 211/2009, de 26 de noviembre (FJ 6) en las que se declara —con recuerdo de la STC 62/2009, de 9 de marzo (FJ 2)— que «desconoce el derecho a la tutela efectiva el órgano judicial que dicta una resolución contrapuesta en lo esencial a la que había dictado anteriormente para un supuesto idéntico en los datos con relevancia jurídica, siempre que no exprese o no se infieran las razones para tal cambio de orientación».

A esos efectos, se señala que el pronunciamiento estimatorio del recurso, por entender deducida en plazo la solicitud de extensión de efectos de que se trata, dimana de una distinta y más amplia concepción jurídica de los requisitos formales de admisibilidad de la pretensión, que se consideran susceptibles de subsanación, en todo caso, con fundamento en una consciente interpretación de la norma más acorde con el principio de tutela judicial efectiva; frente al criterio mantenido en los pronunciamientos precedentes, de un mayor rigor formal en la exigencia de esos presupuestos procesales.

Se añade, no obstante, que no es posible admitir que el plazo del año para deducir la solicitud controvertida pueda computarse a partir de la fecha de notificación del Auto estimatorio de la ejecución instada por el actor en el procedimiento del que dimana la extensión de efectos aquí enjuiciada, y ello como consecuencia de que el repetido plazo viene establecido en el artículo 110.1.c) LJCA, tanto en su redacción originaria como en la actualmente vigente, en relación con la fecha de la última notificación de la propia sentencia a quienes fueron parte en el proceso, con la única salvedad de que se hubiere interpuesto recurso de interés de ley o de revisión, en cuyos supuestos se contará desde la última notificación de la resolución que les ponga fin. De modo que, contrariamente a lo que sostiene la parte recurrente, la existencia de uno o varios incidentes de ejecución de la sentencia cuya extensión de efectos se postula no reabre un nuevo término para su solicitud, al margen de la posible repercusión que tales incidentes pudieran tener en relación con hipotéticas extensiones de efectos en curso y debidamente formuladas en su día.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) **Motivos: cabe el recurso de casación cuando el derecho autonómico invocado como infringido reproduzca normativa estatal de carácter básico y cuando se haga valer la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre un precepto de derecho estatal**

La **STS de 28 de enero de 2013** (ROJ: STS 364/2013, REc. n.º 3272/2010) reitera lo dicho en la reciente sentencia de 14 de enero de 2013 (casación 1574/10, FJ 3.º) sobre la admisibilidad de recursos de casación instados frente a sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y sustentados en la infracción del derecho autonómico, sosteniendo que cabe el recurso de casación cuando el derecho autonómico invocado como infringido reproduzca normativa estatal de carácter básico y cuando se haga valer la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre un precepto de derecho estatal que, aunque no tenga ese carácter, es reiterado por el del derecho autonómico aplicado, puesto que el valor de complementar el ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 del Código Civil otorga a la jurisprudencia no desaparece por la existencia del derecho autonómico.

En esa misma sentencia de 14 de enero del presente año (FJ 4.º) no se ha dudado de la competencia del Tribunal Supremo para analizar un recurso de casación en el que se esgrima como infringidos preceptos de la normativa foral reguladora del impuesto sobre el valor añadido que traslada al Territorio Histórico, en este caso de Bizkaia, los preceptos de la Ley 37/1992, pues esta Ley y aquella normativa son transposición a los respectivos ordenamientos de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de los negocios - Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme, y de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido. Siendo así, en la medida en que está en juego la interpretación de disposiciones del derecho de la Unión Europea, este Tribunal Supremo no puede quedar al margen.

Recuérdese que las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia son susceptibles de recurso de casación cuando se citen como infringidas normas del derecho estatal o del ordenamiento de la Unión Europea que hayan sido relevantes y determinantes del fallo recurrido (art. 86.4 LJCA). Pues bien, tratándose de una materia armonizada como el impuesto sobre el valor añadido, las legislaciones de los Estados miembros deben producirse dentro del marco homogeneizador señalado por el legislador de la Unión. Si se añade que, en virtud del Concierto Económico, en los Territorios Históricos del País Vasco el Impuesto sobre el Valor Añadido se rige por las mismas normas formales y sustantivas establecidas en cada momento por el Estado (art. 26 de la Ley 12/2002), no existe la menor duda de que tras la denuncia de la infracción de una norma foral reguladora del mencionado tributo se encuentra eventualmente la del correspondiente precepto estatal, que, a su vez, debe respetar los dictados de la regulación aprobada por la Unión Europea.

Como se ha señalado en la sentencia de 10 de junio de 2010 (casación 11224/04), «salvando las distancias formales, desde una perspectiva material y funcional, puede decirse que en el ámbito comunitario existen normas de armonización del impuesto, en este caso del [impuesto sobre el valor añadido], que son normas básicas y cumplen las funciones que en nuestro ordenamiento se les atribuye a las mismas; armonización que

persigue homogeneizar las legislaciones internas de los Estados, evitando regulaciones que obstaculicen o se opongan a la creación de una normativa fiscal análoga. Siendo evidente que se pone en peligro esta finalidad si respecto de la normativa armonizada y reproducida por la legislación autonómica se propicia la posibilidad de interpretaciones diversas, [excluyendo] este ámbito el recurso de casación ordinario y del conocimiento de este Tribunal, por entender que estrictamente se está ante derecho autonómico. Por el contrario, sin tensión ni interpretaciones forzadas, puede concluirse, por las razones que hemos ido exponiendo, que dentro de normas de derecho comunitario a las que hace mención el artículo 86.4 de la Ley 29/1998, cabe entender comprendidas las de las Comunidades autónomas que reproduzcan legislación estatal armonizada».

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis

ESTEVE PARDO, J.

Marcial Pons, Madrid, 2013, 205 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

*Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo]*

La relación entre Estado y Sociedad es un punto clave del Derecho Público en general y del Derecho Administrativo en particular. Éste no puede entenderse sin conocer la relación subyacente a la que da respuesta, al modo en que interviene el Estado en la sociedad en cada momento.

La importancia de la cuestión se aprecia fácilmente al estudiar las instituciones de esta disciplina y su evolución en atención a un Estado liberal o un Estado social. Sin embargo, como bien apunta el Prof. Esteve, en los últimos tiempos otros factores externos resultan determinantes en este panorama. El poder económico y financiero o las nuevas tecnologías son muestra de ello.

De forma muy expresiva y visual explica con su habitual talento el autor de esta obra, cómo descubre a través de este estudio que en el trasfondo de la crisis se advierte un corrimiento, una recomposición en profundidad de la relación entre Estado y sociedad, y cómo muchos de los movimientos que se están produciendo en el escenario actual son resonancias de esa falla que se abre a mayor profundidad. Esa perspectiva es tenida en cuenta a lo largo del estudio de la relación entre Estado y sociedad, lo que permite al autor también vislumbrar cómo el elemento clave de su análisis puede repercutir en la propia crisis y hallar propuestas al respecto.

A juicio del autor, en el origen de la crisis podemos encontrar los desajustes entre las instituciones existentes y la nueva relación entre Estado y sociedad, que no responde ni al esquema propio del Estado Social ni del liberal, ante el extraordinario fortalecimiento de la sociedad en las últimas décadas.

Así, explica cómo lo que da en llamar «poder de la autorregulación» ha supuesto tal amenaza para el Estado que ha propiciado incluso la reacción constitucional en la reforma más relevante y extensa de nuestra Constitución que cristaliza en su art. 135. Como cuenta el autor, se trata de una reacción inequívocamente defensiva ante una excesiva exposición a los mercados financieros que podría hacer peligrar la propia sostenibilidad del Estado social, que no debemos olvidar se proclama en la propia norma fundamental.

De forma resumida y en palabras del Prof. Esteve, estamos ante la realidad de las crecientes limitaciones del Estado y de la pujante autorregulación privada, especializada y experta, que le va ganando espacios, en fin, la retirada del Estado en muchos frentes que parece no dominar y en otros en los que quiere descargarse de responsabilidades. Una retirada que a juicio del autor parece ser desordenada.

Ante este panorama se hace necesaria una resituación del Estado en otras posiciones, desarrollar nuevos tipos de actividad en sintonía con la realidad social imperante, teniendo en cuenta además, como se advierte en esta interesante obra, que la sociedad actual no ha sido capaz de configurar una racionalidad alternativa al Estado, que se trata de una sociedad compleja, segmentada y pluricéntrica, sin capacidad para atender ni definir siquiera el interés general. Por lo que se hace imprescindible un Estado que persiga el

bien común en la concepción tomista del mismo, un Estado garante, regulador o estratega, según los diferentes modelos o denominaciones, en suma, un Estado que se centra en los fines, en los objetivos de interés general y atención al bien común.

En aras de dar una adecuada respuesta al panorama descrito, como bien explica el autor, debería en primer lugar identificarse esos fines, esos objetivos, muchos de los cuales se encuentran reflejados en nuestra Carta magna, en particular, en los llamados derechos sociales, y en segundo término, partiendo de su primacía y de la contingencia de las estructuras, buscar el modo de garantizar esos objetivos.

Sin duda, todo ello supondría redefinir las fronteras, siempre imprecisas, de lo público y lo privado, dotar, incluso, de un estatuto público a sujetos privados.

Al servicio de lo expuesto, el autor nos ofrece un estudio profundo de las relaciones entre Estado y sociedad, tanto desde la perspectiva histórica como en cuanto a las reflexiones de la actual situación, así como su repercusión y su papel en la crisis. Se trata, en suma, de un interesante estudio de un tema clave en la actualidad no sólo jurídica sino también política, económica o sociológica, al fin y al cabo, como indicase Prosper Weil, «el Derecho Administrativo no puede en ningún momento desvincularse de la historia y, muy, especialmente, de la historia política, pues en ella encuentra su verdadero fundamento y de ella recibe su filosofía y trazos característicos».

Propiedad, privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos

BARCELONA LLOP J.,

CEPyC, Madrid, 2013, 268 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
*Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo*]

Con la rigurosidad que caracteriza al autor, el mismo nos ofrece en esta ocasión un estudio de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con un derecho, como es

el de propiedad, que si bien no se recogía en el Convenio de Roma de 1952, sin embargo, se incluyó de forma temprana a través del art. 1 del Primer Protocolo Adicional al citado Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el conocimiento del estado de la cuestión es fundamental la jurisprudencia de este Tribunal, pues a través de la misma no sólo se interpretan y aplican las reglas contenidas de forma expresa en el mentado precepto, sino que se hace una apuesta en la consolidación de este derecho que dista con mucho de la literalidad de la norma internacional de referencia.

No obstante, este análisis no se limita a exponer la doctrina del TEDH sino a escudriñar su razón de ser, su origen y su evolución, así como aquellos aspectos que a pesar de tratarse de una jurisprudencia consolidada pueden ser susceptibles de alguna mayor concreción o matización.

De tal modo que el lector puede conocer los soportes argumentales de la jurisprudencia del TEDH en relación con el derecho de propiedad y, en particular, los requisitos y condiciones de las privaciones de la misma en el marco del CEDH, paso a paso, con sus luces y sus sombras.

Entre las primeras, destaca el autor, a modo de ejemplo, la garantía indemnizatoria que el TEDH construye sobre la base del art. 1 del Protocolo número 1 del CEDH a pesar de no existir en el precepto en cuestión mención expresa. Dentro de las segundas, destaca el escaso control de la causa de utilidad pública o el juego limitado del principio de proporcionalidad.

La exhaustividad de este estudio se vislumbra ya en las primeras páginas, al comprobar en su índice los aspectos concretos que son objeto de atención en este libro. Siete son los capítulos en que se estructura su contenido.

Así, ya en el primero de ellos aborda temas como el acceso de este derecho al propio sistema del CEDH, el alcance sustantivo que la jurisprudencia le ha otorgado o las circunstancias de la ratificación por España de este Protocolo.

En un segundo momento se exponen algunas de las claves esenciales para el estudio de la exégesis jurisprudencial del art. 1 del Protocolo Adicional. Valgan de ejemplo, la concreción del derecho que recoge el citado precepto, el

hallazgo del principio de justo equilibrio entre las exigencias del interés general y la protección de la propiedad o las privaciones previstas en la segunda norma del mentado precepto y el concepto de bienes que en la misma se engloba.

A continuación se analiza con detenimiento lo que es una privación en el contexto de esa segunda norma, así no sólo se expone el concepto de privación al respecto y los criterios empleados por el TEDH, sino también los sujetos activos de la injerencia.

De la justificación de las privaciones de la propiedad en la existencia de una utilidad pública, así como del papel del principio de proporcionalidad en las mismas trata el capítulo cuarto. Para pasar en el siguiente al análisis de la remisión a la ley a los principios generales del derecho.

Y con anterioridad a concluir con una retrospectiva pero también un planteamiento de futuro, se analiza con detenimiento un aspecto fundamental de esta jurisprudencia, una de las principales luces ya apuntadas en la labor de esta corte internacional, la garantía indemnizatoria.

Finalmente, es preciso hacer referencia a una cuestión que ya se hace patente en el propio título, y es que cuando se analiza el art. 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH son muy distintas perspectivas las que han de adoptarse en el estudio del derecho de propiedad y distintas las instituciones con presencia en la cuestión.

Derecho de la Unión Europea. Parte general

GARCÍA URETA, A.

Marcial Pons, Madrid, 2013, 356 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

*Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo]*

A nadie se le escapa la relevancia que en nuestro ordenamiento, como en los de nuestro entorno, tiene la Unión Europea. A ello, y particularmente a lo que se viene entendiendo por Derecho constitucional europeo, dedica sus esfuerzos el Prof. García Ureta. Y lo hace a través de un pormenorizado análisis de los aspectos más relevantes en la materia, expuestos a lo largo de catorce capítulos.

Baste de ejemplo alguno de los aspectos estudiados en esta obra, que arrancan desde la historia de la UE y su naturaleza jurídica, objetivos y valores, hasta sus instituciones (el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo Europeo, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones ...), pasando por las fuentes del ordenamiento jurídico de la UE, sus competencias, las relaciones entre el Derecho de la UE y el Derecho interno, los Derechos fundamentales o el sistema jurisdiccional.

En fin, un repaso por las cuestiones más relevantes e imprescindibles para conocer el funcionamiento de la Unión Europea, sin cuyo dominio hoy difícilmente puede abordarse con éxito una visión completa de estudio jurídico alguno.

La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M.

Iustel, Madrid, 2013

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ

*Profa. Acreditada Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo*

Llega a las librerías la primera monografía consagrada al estudio del procedimiento administrativo para la salvaguarda de la propiedad intelectual en Internet. El tema es analizado por el profesor Rodríguez Portugués de manera pormenorizada y detallada, deteniéndose tanto en cuestiones de índole general, discutiendo sobre su posible carácter sancionador o su naturaleza *quasi* jurisdiccional, como particular, examinando el objeto y contenido de esta nueva potestad administrativa o las garantías de los interesados en el procedimiento. El trabajo no evita ejemplos de actualidad rabiosa e incluye referencias jurisprudenciales altamente pertinentes, citas doctrinales honestas y enriquecedoras, y comentarios reflexivos y doctos, pero también frescos y cicateros en ocasiones.

La obra comienza justificando la aparición de la potestad administrativa regulada en el artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual, según la redacción dada por la

Disposición Final 43.4.^a de la Ley de economía sostenible, por la insuficiencia de los instrumentos penales y civiles tradicionales ante los retos de la sociedad de la información. La tesis del autor arranca de la concepción de la propiedad intelectual en Internet como una forma especial de propiedad, derecho que se califica como «fundamental» entendiéndolo la categoría de los Derechos fundamentales de una forma amplia, como concepto que no sólo englobaría a los enumerados bajo el rótulo de la sección primera del capítulo II del Título primero de la Constitución (los únicos, evidentemente, que cuentan con las garantías del artículo 53.2), sino a todos los del citado capítulo, fortalecidos por la protección del artículo 53.1 de la Carta Magna. Al margen de lo controvertido de este criterio definitorio, que si bien parece haber triunfado en cierta doctrina en los últimos tiempos resulta difícil de conciliar con el tenor del derecho positivo y las construcciones restrictivas del propio Tribunal Constitucional (v.gr., entre otras, SSTC de 24 de noviembre de 1987, 18 de abril de 1988 y 21 de abril de 1988), el capítulo primero de la monografía contiene un cautivador estudio de los condicionantes constitucionales de la nueva potestad administrativa sin evadir debates competenciales y de rango normativo.

En el capítulo segundo se desgranar el fin y el bien jurídico protegido de la nueva potestad administrativa de salvaguarda de la propiedad intelectual en el entorno de Internet y los distintos elementos objetivos y subjetivos de la actividad que es objeto de control. Se detiene el autor en la conceptualización de conductas como los intercambios de archivos o la descarga directa, en las fronteras de un concepto otrora pacífico como es el del «ánimo de lucro» y en la diferencia entre los prestadores directos de servicios de la sociedad de la información y los intermediarios, descendiendo de los términos generales de la Ley a las actividades concretas de los usuarios de la red, con un estudio singular de la jurisprudencia, mayoritariamente menor y dispar. Culmina el capítulo con un análisis del contenido de las medidas de restablecimiento de la legalidad que puede adoptar la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, órgano colegiado sin personalidad jurídica propia pero con cierta autonomía funcional, a cuya composi-

ción y régimen jurídico también se presta debida atención.

Las cuestiones procedimentales se abordan en el tercer y último capítulo de la obra, sin renunciar a analizar aspectos poco nítidos en la regulación contenida en los artículos 15 y siguientes del Real Decreto 1889/2011 como desarrollo de lo regulado en el Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual, la Ley de servicios de la sociedad de la información y la propia Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Derecho ambiental mexicano

GARCÍA LÓPEZ, T.

Bosch, Barcelona, 2013, 352 páginas

ISBN 978-84-9790-227-4.

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

Profesor Dr. de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-la Mancha

El libro supone el primer tratado general de Derecho ambiental en el ordenamiento jurídico mexicano y realiza un completo recorrido por su evolución, sus características, los ordenamientos confluyentes en materia ambiental y la relación con otras disciplinas cercanas. Resulta especialmente destacable el análisis que la Profesora GARCÍA LÓPEZ realiza de los principios del Derecho ambiental así como sobre los importantes retos que enfrentan en la actualidad.

No es necesario insistir en nuestros días en la trascendencia jurídico-económico-social de la protección del medio ambiente y por ello hay que felicitarse por la aparición de obras como la que ha servido para iniciar las ediciones de la editorial Bosch sobre Derecho mexicano.

El Derecho del medio ambiente está en la actualidad en la vanguardia del Derecho público nacional e internacional, no sólo por ser uno, si no el que más, de los sectores de los ordenamientos jurídicos más dinámicos, que está produciendo una ingente cantidad de normas legales y reglamentarias, sino por haber creado conceptos y principios tan novedosos, y ahora tan utilizados en otras ramas jurídicas, como los de prevención, desarrollo sostenible, horizontalidad, responsabilidad, «quien contamina paga», protección ele-

vada o información, que con tanta profundidad se analizan en la presente obra.

Una de las partes más novedosas del libro es la sexta que se refiere a los principios ambientales en el ámbito de los derechos humanos. Se estudian en detalle el principio de solidaridad, el de acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, el del respeto a la identidad de los pueblos indígenas y el principio del arreglo pacífico de las controversias.

La destacada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha servido para la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza, y cuyo texto tiene desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre

de 2009, «el mismo valor jurídico que los Tratados» (artículo 6 Tratado de la Unión Europea, apartado 1, párrafo primero).

El artículo 37 de la Carta, que ocupa actualmente un lugar central en el sistema de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, se establece que «En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad».

En el libro de la Profesora GARCÍA LÓPEZ se tiene muy presente como elemento de comparación y análisis el avanzado Derecho ambiental de la Unión Europea, así como el Derecho internacional en la materia, para poder de esta forma desentrañar las claves de los principios del derecho ambiental y su presencia en el ordenamiento jurídico mexicano.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La *Revista Justicia Administrativa pública*, 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 reseñas 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:

LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.

ARTÍCULO: Autor, «Título», Fuente, número, año, páginas.

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.