

DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá de Henares

Nº 60

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

MIAR

resh

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 de Henares

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 AROZ

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

Profesor Titular 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

ORIO L 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

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EXPROPIANTE EN CASO DE IMPAGO DEL JUSTIPRECIO POR EL BENEFICIARIO <i>Ángel Menéndez Rexach</i>	7
EL RECURSO DE REPOSICIÓN EN EL REGLAMENTO GENERAL DE REVISIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA <i>José Luis Burlada Echeveste e Inés María Burlada Echeveste</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>	45
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>	61
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.; Rosino Calle, R.</i>	75
IV. FUENTES DEL DERECHO <i>Menéndez Rexach, A. (coord.); De Marcos Fernández, A.; Díez Sastre, S.</i>	109
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>	125

	Página
VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA	
<i>Sánchez Morón, M. (coord.); Casino Rubio, M.; Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Ayalá, V.</i>	141
VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	
<i>Rebollo Puig, M. (coord.); Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.M.; Rodríguez Portugués, M.A.</i>	165
VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA	
<i>López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire, J.A.; Guichot Reina, E.</i>	187
IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	
<i>López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina, E.; Carrillo Donaire, J.A.</i>	197
X. FUNCIÓN PÚBLICA	
<i>Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J.; Fuentetaja Pastor, J.A.</i>	201
XI. URBANISMO	
<i>Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Lozano, 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>	231
XIII. MEDIO AMBIENTE	
<i>Embid Irujo, A. (coord.); Domper Ferrando, J.; Embid Tello, A.E.; Jiménez Compaired, I.; Salinas Alcega, S.; Setuáin Mendía, B.; Valcárcel, P.</i>	245
XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO	
<i>Tornos Mas, J. (coord.); Gracia Retortillo, R.; Mollevi i Bortolo, J.; Vilalta Reixach, M.; Arroyo, L.; Malaret, E.</i>	269
XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD	
<i>Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros Mendazona, E.</i>	283
XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES	
<i>Fernández Farreres, G. (coord.); Alcantarilla Hidalgo, F.J.</i>	295

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS

<i>Menéndez Sebastián, E.M. (coord.)</i>	311
---	-----

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EXPROPIANTE EN CASO DE IMPAGO DEL JUSTIPRECIO POR EL BENEFICIARIO

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN

En las expropiaciones con beneficiario es obligación de éste el pago del justiprecio. Sólo él puede recurrir contra el acuerdo del Jurado, según el Tribunal Supremo. La Administración expropiante no puede hacerlo, al carecer de legitimación. Pero, si el beneficiario no paga, hay sólidas razones para sostener que deberá hacerlo la Administración expropiante, al menos en los supuestos en que la existencia de aquél ha sido decidida por ésta, como ocurre en las concesiones de obras públicas. Esa hipótesis se puede plantear en cualquier otro de resolución de la relación contractual. La extinción del contrato de concesión conlleva la subrogación de la Administración expropiante en los derechos y obligaciones del concesionario-beneficiario y, por tanto, la imputación a aquélla del abono de los justiprecios pendientes. En el presente trabajo, al hilo de la situación en que se encuentran algunas concesionarias de autopistas de peaje, se examinan las hipótesis de renuncia a la concesión, declaración de concurso y rescate, así como la declaración de imposibilidad de ejecutar la sentencia por la insolvencia del beneficiario. En el plano procesal se postula el abandono de la doctrina jurisprudencial que niega legitimación a la Administración expropiante en los litigios sobre el justiprecio.

Palabras clave: Responsabilidad de la administración expropiante, expropiación, concesiones de obras públicas, subrogación, insolvencia del beneficiario, justiprecio.

ABSTRACT

In an expropriation, whenever there is a beneficiary, the obligation to pay the valuation falls upon this one. The beneficiary is the only one who can appeal against the agreement of the Jury, according to the Supreme Court. The expropriating Administration cannot do it, as it lacks legal standing. However, if the beneficiary doesn't pay, there are sound reasons to hold that the payment falls upon the expropriating Administration, at least in those cases in which the beneficiary has been decided by the above mentioned Administration, as it happens in the granting of public works. That hypothesis can be applied to any other agreement to terminate a contract. The termination of the Adjudication contract implies the subrogation of the expropriating Administration in all the rights and obligations of the concessionary-beneficiary and, therefore, it will be charged with all the outstanding valuations. The current work, in view of the situation that some toll motorways dealers are going through, analyses the hypotheses of giving up the grant, the declaration of bankruptcy and rescue, as well as the declaration of the impossibility of enforcing the sentence due to the beneficiary's insolvency. In the procedural foreground it is postulated the giving up of the jurisprudential doctrine which denies legitimacy to the expropriating Administration in any valuation lawsuit.

Key words: Responsibility of the expropriating Administration, expropriation, grant franchise of public works, subrogation, the beneficiary's insolvency, valuation.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO: LA EXISTENCIA DE BENEFICIARIO EN LAS OBRAS PÚBLICAS ES UNA DECISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EXPROPIANTE.
- II. LA RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO NO EXCLUYE LA DE LA ADMINISTRACIÓN.

- III. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EXPROPIANTE EN CASO DE DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL EXPEDIENTE EXPROPIATORIO.
 - IV. EL DESISTIMIENTO DE LA EXPROPIACIÓN NO ES POSIBLE PERO SÍ LA RENUNCIA A LA CONCESIÓN.
 - V. EL RESCATE Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL PAGO DE LOS JUSTIPRECIOS PENDIENTES.
 - VI. EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN POR DECLARACIÓN DE CONCURSO.
 - VII. IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD AL EXPROPIANTE EN FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA.
 - VIII. CONCLUSIÓN.
-

I. PLANTEAMIENTO: LA EXISTENCIA DE BENEFICIARIO EN LAS OBRAS PÚBLICAS ES UNA DECISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EXPROPIANTE⁽¹⁾

La balanza entre prerrogativa y garantía que caracteriza al Derecho público se manifiesta en la institución expropiatoria, por el lado de la Administración, en la exigencia de una *causa expropriandi*, es decir, conforme a la vigente Ley de 1954 (LEF), un fin de utilidad pública o interés social que legitime la expropiación y, por el lado del expropiado, en el abono de la indemnización correspondiente (justo precio), que, para serlo, debe equivaler al del bien o derecho del que se le priva. Son las dos caras de la misma moneda. No puede haber expropiación sin indemnización y ésta trae causa, precisamente, de aquélla. La indemnización forma parte de la garantía expropiatoria constitucional, junto con la *causa expropriandi* y la observancia del procedimiento (STC 166/1986, a la que se remite la 48/2005). El TC ha declarado que el artículo 33.3 de la CE no exige el previo pago de la indemnización (por lo que puede ser posterior a la ocupación, como ocurre en las expropiaciones urgentes), pero sí «el derecho a percibir la contraprestación económica que corresponda al valor real de los bienes y derechos expropiados, cualquiera que sea éste, pues lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación» (STC 166/1986, FJ 13.º).

Cuando la relación es bilateral, el pago del justiprecio es obligación de la Administración expropiante. Pero cuando es trilateral por la existencia de un beneficiario, a éste incumbe dicha obligación (artículo 5.2.5.º del Reglamento de Expropiación Forzosa, REF, y legislación sectorial de autopistas de peaje⁽²⁾), que no es exigible solidariamente a la Administración expropiante (STS de 10 abril de 1997, recurso de apelación 9410/1991)⁽³⁾.

(1) El presente trabajo se publicará en el Libro Homenaje a José María Miquel González, con motivo de su jubilación como Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

(2) Artículo 17.2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de autopistas en régimen de concesión. Esta Ley dispone con carácter general que «el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario de la expropiación» (artículo 26, primero).

(3) «Siendo, pues, el beneficiario quien debe responder de la indemnización por ocupación temporal, procede declararlo así, y anular la sentencia de instancia en cuanto condena solidariamente a la Administración del Estado, manteniendo la condena pronunciada contra la sociedad beneficiaria de la ocupación» (FD 5.º).

Por ello, sólo el beneficiario puede recurrir contra el acuerdo del Jurado, según el Tribunal Supremo⁽⁴⁾. La Administración expropiante no puede hacerlo, al carecer de legitimación (interés directo), porque el justiprecio es una relación entre beneficiario y expropiado (SSTS 21 de enero y 26 de octubre de 2005, recurso de casación 7971/2000 y 3681/2002, respectivamente)⁽⁵⁾. Esta desvinculación radical de la Administración expropiante respecto del expediente de justiprecio es coherente con la obligación de pago por parte del beneficiario, pero debería ser reconsiderada en tanto que la presencia de aquél no siempre se produce por iniciativa propia sino que resulta de la decisión de la Administración actuante, que, por ello, es también la expropiante. Eso es precisamente lo que ocurre en las obras públicas que se ejecutan en régimen de concesión, teniendo el concesionario la condición de beneficiario de la expropiación.

En efecto, en las expropiaciones por causa de utilidad pública es la Administración expropiante quien decide la existencia del beneficiario, en función de la modalidad prevista para la ejecución de la actuación. Se tratará de una obra o servicio de competencia y responsabilidad de aquélla, que adquirirá la titularidad de los bienes y derechos expropiados y a la que revertirán los bienes afectos a la explotación cuando se extinga el título concesional. En cambio, en las expropiaciones por causa de interés social es el promotor (privado) de la actuación quien solicita de la Administración el beneficio de expropiación para llevar a cabo una actividad privada de interés público («social»), pudiendo aquélla acceder o no a la solicitud de acuerdo con la normativa aplicable.

La utilidad pública se ha vinculado tradicionalmente a la ejecución de obras públicas, único fin que legitimaba el recurso a la expropiación en la legislación del siglo XIX, mientras que el interés social supone la ampliación de los fines a que puede aplicarse aquélla, incluyendo actividades privadas que se declaran de interés social (por ejemplo, la construcción de viviendas de protección pública). Aunque se haya afirmado que la distinción entre la utilidad pública y el interés social como fines legitimadores de la expropiación carece de consecuencias jurídicas⁽⁶⁾, puede tenerlas, a mi juicio, muy importantes, desde la óptica del presente trabajo, porque la posición de la Administración expropiante es muy diferente cuando ella es el *dominus operis*, aunque encomiende su ejecución al beneficiario, que cuando se limita a avalar actividades de «interés social» de iniciativa privada. En el primer caso, si el beneficiario no paga el justiprecio, lo tendrá que hacer la Administración expropiante, que es la titular de la obra, cuya ejecución y, en su caso, explotación, deberá asumir, con independencia de que acuda para ello a un nuevo concesionario. En el

(4) La legitimación del beneficiario para recurrir en vía contenciosa contra la resolución que fije el justiprecio se reconoce en el artículo 140.1 REF. Véase al respecto la STS de 26 de marzo de 2012, FD 6.º.

(5) La STS de 26.10.2005 sintetiza así la doctrina: «(...) la Administración expropiante carece de interés directo porque el precio a satisfacer cuando existe un beneficiario de la expropiación como ocurre en este caso en el que además concurre la condición de persona jurídica privada, sociedad mercantil, que ha de abonar el precio que haya convenido con el expropiado o el fijado por el órgano de valoración de aquél, sin que se haya planteado cuestión alguna sobre posibles responsabilidades de la Administración expropiante por demora en la tramitación del expediente expropiatorio, como expresa el artículo 5 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, es claro que es algo ajeno a su potestad y por tanto para lo que carece de legitimación porque es una relación entre beneficiario y expropiado a la que es ajena» (FD 4.º).

(6) Así, en el *Manual de expropiación forzosa*, elaborado por la Abogacía General del Estado, Thomson Aranzadi, 2007, se lee que «se trata de una distinción de mero concepto, sin consecuencias jurídicas» (p. 352).

segundo, es dudoso que le sea imputable esa responsabilidad, entre otras razones porque no estará obligada a asumir la actuación propuesta en su día por el beneficiario que luego resulta insolvente.

Más aún, si se considera que es consustancial a la condición de beneficiario la adquisición de los bienes y derechos expropiados (de ahí la obligación de pagar el justiprecio), se puede cuestionar que los concesionarios de obras públicas tengan esa condición, ya que no son ellos sino la Administración expropiante quien adquirirá la titularidad de los bienes, sin perjuicio de que el justiprecio lo paguen aquéllos. A este respecto, la Abogacía General del Estado ha sostenido que «exigiendo el concepto de beneficiario, en su sentido técnico-jurídico, el doble requisito de representar el interés público que legitima la expropiación y de ser adquirente del bien expropiado, la condición de beneficiario en el repetido sentido técnico-jurídico no puede apreciarse en el concesionario, ya que éste, como se ha visto, no adquiere la propiedad de los bienes o derechos expropiados»⁽⁷⁾. Habría, pues, que precisar la posición jurídica del beneficiario reduciéndola al primer supuesto o, alternativamente, distinguir dos situaciones, en función de que aquél adquiera o no los bienes y derechos expropiados.

En el presente trabajo nos centraremos en el supuesto de concesionario-beneficiario, que ha adquirido máxima actualidad a raíz de las dificultades en que se encuentran algunas concesionarias de autopistas de peaje por la mayor onerosidad derivada, de una parte, del sobrecoste de las expropiaciones y, de otra, de la falta de rentabilidad de la explotación, debida a la baja intensidad del tráfico que discurre por esas vías⁽⁸⁾. El problema es tan grave que, desde 2010⁽⁹⁾, se ha establecido un mecanismo de compensación que permite al

(7) Dictamen de la Abogacía General del Estado de 11 de octubre de 2002 (ref.: A.H. Patrimonio 3/02). Vale la pena reproducir la argumentación: «De los preceptos que acaban de transcribirse, particularmente, del artículo 17 de la LAP se deduce claramente que el concesionario no adquiere la propiedad de los bienes y derechos expropiados, pese a ser de su cuenta y cargo el pago de las «indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto» como dice el artículo 17.3 de la LAP; la titularidad dominical de dichos bienes corresponde, pues, a la Administración del Estado desde el momento de su ocupación y pago.

Del artículo 17 de la LAP se desprende no sólo que la Administración del Estado adquiere la totalidad de los bienes y derechos expropiados, sino también que el concesionario no es per se beneficiario de la expropiación en el sentido técnico-jurídico de este concepto. En cuanto a esto último, ha de tenerse en cuenta que el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (REF) concreta el concepto de beneficiario de la expropiación al disponer que «a los efectos del presente Reglamento se entiende... por beneficiario el sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria y que adquiere el bien o derecho expropiado...».

Sobre la base de este concepto reglamentario de beneficiario de la expropiación, el Tribunal Supremo ha exigido el doble requisito de representar el interés público de que se trate y ser adquirente del bien expropiado (sentencias de 14 de junio de 1972, Ar. 2820; 16 de noviembre de 1977, Ar. 4233; 16 de noviembre de 1978, Ar. 3130 y 8 de marzo de 1982, Ar. 1020). Pues bien, exigiendo el concepto de beneficiario, en su sentido técnico-jurídico, el doble requisito de representar el interés público que legitima la expropiación y de ser adquirente del bien expropiado, la condición de beneficiario en el repetido sentido técnico-jurídico no puede apreciarse en el concesionario, ya que éste, como se ha visto, no adquiere la propiedad de los bienes o derechos expropiados».

(8) Sobre el tema, véase F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO «¿Puede la crisis perjudicar el derecho al cobro del justiprecio?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 823, 23 de junio de 2011.

(9) Disposición Adicional 41.ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. La Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, en su disposición final Décima quinta, autoriza al Gobierno para que en el plazo de tres meses, si las circunstancias económicas

concesionario obtener un préstamo participativo, con carácter finalista, precisamente para el abono del justiprecio fijado por acuerdos firmes del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa o sentencias firmes. Para que la concesionaria pueda devolver el préstamo, se ha previsto un incremento de sus ingresos mediante una elevación de tarifas o una ampliación del plazo de la concesión. Corresponde al Consejo de Ministros la competencia para adoptar ambas decisiones.

Lógicamente, nada de esto afecta a la obligación de pago del justiprecio por el beneficiario, que subsiste con independencia de su situación financiera y del sobrecoste que represente respecto de lo previsto al otorgarse la concesión. Desde la óptica del expropiado, es indiferente que haya o no beneficiario. No es él, sino la Administración expropiante, quien elige la modalidad de actuación. Si hay beneficiario, tendrá que pagar el justiprecio. Si no lo hay, esa obligación recaerá sobre la Administración expropiante. En su condición de *dominus operis* tendrá que abonar la indemnización expropiatoria, si el beneficiario no lo hace. Esta es la hipótesis de partida del presente trabajo.

Desde luego, no habrá problema si el justiprecio se determina de mutuo acuerdo. Por el contrario, en caso de litigio, la cantidad que se señale como justiprecio en vía judicial puede ser muy superior a la prevista en las bases del concurso y en el clausulado de la concesión. Este es un aspecto muy relevante del problema, porque una previsión a la baja de los costes de expropiación por la Administración promotora de la obra, unida a la baja que pueda ofrecer el empresario para mejorar su oferta, conducirán inevitablemente a la adjudicación de una concesión financieramente desequilibrada ya en su nacimiento. El concesionario esperará, con mayor o menor fundamento, que la Administración restablezca el equilibrio mediante las técnicas legalmente previstas. Pero, como esas técnicas están pensadas para cubrir los desequilibrios que surjan durante la ejecución del contrato de concesión, es muy dudoso que puedan aplicarse al sobrecoste de las expropiaciones, ya que se estará ante una mayor onerosidad referida al momento inicial de la concesión, no sobrevenida durante las fases de construcción o de explotación.

En los últimos años, hay muchos ejemplos que acreditan que las previsiones de coste de las expropiaciones necesarias para la construcción de nuevas infraestructuras del transporte (especialmente, autopistas y nuevos trazados de ferrocarril de alta velocidad) se incrementan extraordinariamente en vía judicial. La disparidad de criterios valorativos depende muchas veces de la clasificación del suelo destinado a esas infraestructuras. Una doctrina jurisprudencial basada en un criterio tan impreciso como es el de que las obras contribuyan o no a la «creación de ciudad» ha conducido al resultado de que en unos casos el suelo se valora como urbanizable y en otros como no urbanizable⁽¹⁰⁾. Si al formular el

de las sociedades concesionarias así lo aconsejan, y mediante Real Decreto pueda adoptar las medidas siguientes para las sociedades concesionarias de autopistas de peaje dependientes de la Administración General del Estado: a) ampliar el ámbito de aplicación de la cuenta de compensación prevista en la Disposición Adicional octava de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; b) prorrogar el periodo de vigencia de la cuenta de compensación hasta el año 2021 inclusive; c) modificar en los términos legalmente previstos el plazo de las concesiones de autopistas de peaje dependientes de la Administración General del Estado.

(10) En relación con las autopistas radiales de Madrid y la M-50, véase, entre otras, la STS de 17 de noviembre de 2008 (Recurso n.º 5709/2007), a la que se remite la STS 14/07/2009 (Recurso: 5907/2007). En síntesis, el TS mantiene

proyecto de expropiación se había partido de la base de que todos los terrenos expropiados se tasarían como no urbanizables, pero el Tribunal considera que deben serlo como urbanizables, las diferencias pueden ser enormes. En estos casos, el concesionario tendrá que asumir la mayor onerosidad derivada del sobrecoste de la expropiación y a continuación solicitará a la Administración el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, lo que es difícil de conseguir por los cauces ordinarios, como hemos señalado. De ahí que se haya arbitrado en 2010 el mecanismo compensatorio específico antes reseñado.

En esa tesitura, agobiado por la elevación de los justiprecios resultantes de las sentencias (incrementada con los intereses devengados que alcanzarán también cifras astronómicas) y por la falta de expectativas de mejora del negocio, es previsible que el concesionario-beneficiario de la expropiación intente exonerarse del pago de esos justiprecios exorbitantes e, incluso, liberarse de la propia concesión, que le resulta una carga más que un beneficio. Para llegar a ese resultado pueden considerarse varias hipótesis: a) que renuncie a la concesión; b) que solicite la declaración de concurso; c) que la Administración rescate la concesión. El denominador común a estas situaciones es la extinción de la relación contractual, en los términos que después veremos, pero también el mantenimiento de la titularidad de la obra en la Administración expropiante.

Antes de llegar a esas situaciones y contribuyendo a su producción, también podría plantearse la declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia que determina definitivamente el justiprecio y obliga a su pago al beneficiario. Éste podría promover dicha declaración para liberarse de la obligación de pago, desplazando hacia la Administración expropiante la de abonar la indemnización sustitutoria derivada de la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia. El problema es si la insolvencia del concesionario se puede considerar causa justificativa de dicha imposibilidad, porque, tratándose del pago de cantidad, no hay razón, en principio, para que la ejecución se declara imposible.

El examen de esas hipótesis de «liberación» del concesionario-beneficiario constituye el núcleo del presente trabajo. Previamente, conviene hacer una rápida síntesis de la regla de la responsabilidad del concesionario frente a terceros, para poner de relieve, que no excluye la de la Administración, obligada siempre a ejercer sus poderes de dirección del contrato y vigilancia de la actuación del contratista.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO NO EXCLUYE LA DE LA ADMINISTRACIÓN

En el Derecho público español está muy arraigada la regla de la responsabilidad del concesionario por los daños causados a terceros, salvo que deriven de una cláusula impuesta por la Administración (artículo 121. 2 de la LEP) o de órdenes impartidas por ella o de

que los anillos (M-30, M-40, M-50) siempre crean ciudad, mientras que en las autopistas radiales hay que distinguir dos tramos (antes y después de la M-50). En el primero, «existe una presunción de que forma parte del entramado ciudadano de la conurbación de Madrid; en el segundo, la presunción es, precisamente, la contraria». Por su parte, la M-50 constituye un sistema general que contribuye a crear ciudad, insertándose en la malla urbana de Madrid que forman los municipios periurbanos de Madrid: STS 21/04/2009, N.º Recurso: 1127/2008. Entra las más recientes, véase la STS de 4 de marzo de 2013, recurso 1856/2011, que reitera el carácter de «infraestructura urbana» de la M-50 (FD 6.º).

LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EXPROPIANTE EN CASO DE IMPAGO

vicios en el proyecto elaborado por sus servicios (en la actualidad, artículo 214.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP).

El TS ha establecido claramente la responsabilidad del beneficiario (y la exoneración de la Administración expropiante) cuando la expropiación se llevó a cabo a iniciativa de aquél. Así, la sentencia de 31 octubre 1995, recurso núm. 613/1993, FD 4.º establece la obligación de la «Empresa Nacional de Electricidad, SA» («Endesa») de pagar, como beneficiaria de la expropiación, los daños y perjuicios, sufridos por la propietaria de la finca excluida de aquélla, que se determinen en ejecución de sentencia⁽¹¹⁾. En la misma línea, la STS de 28 marzo 1995, recurso núm. 743/1992, declara la responsabilidad de la beneficiaria por los daños y perjuicios derivados del desistimiento de la expropiación que ella había instado, aunque no llegara a ocupar los bienes («*falta de disponibilidad, que asimismo redujo las expectativas de su venta*»: FD 2). Para el TS la posición del beneficiario, a efectos de responsabilidad por daños a terceros es idéntica a la del concesionario de servicios públicos⁽¹²⁾. Las sentencias citadas se refieren a expropiaciones instadas por el posterior beneficiario, en las que es evidente que éste debe responder frente a terceros, salvo que acredite que el daño no le es imputable. Pero, cuando la existencia de beneficiario es decisión de la Administración expropiante, ésta no puede quedar al margen de las consecuencias de la actuación de aquél, con independencia de la responsabilidad que le sea exigible en cuanto beneficiario.

En esta línea, la Sala 1.ª ha subrayado la obligación de la Administración de ejercer sus poderes de dirección y vigilancia de la actuación del contratista, por lo que «no es posible en este punto concluir en un alejamiento al máximo de la Administración del contratista con el objeto de que la responsabilidad de éste no se comunique a aquélla» (STS 339/2003 de 7 abril, recurso de casación 2540/1997, FD 2.º)⁽¹³⁾.

(11) «La potestad expropiatoria reside en las Administraciones Públicas territoriales, pero cuando éstas la ejercen en beneficio de otra persona (artículo 2.2 de la Ley de Expropiación Forzosa y 3.1 de su Reglamento), ésta actúa, por sustitución, funciones públicas a pesar de ser una persona jurídico privada, lo que repercute en las consecuencias que produce la actuación expropiatoria que promueve y de la que se beneficia, y de aquí que el artículo 4 del Reglamento de la Ley Expropiatoria Forzosa, aprobado por Decreto de 26 abril 1957, al deslindar las atribuciones de la Administración expropiante y del beneficiario, disponga que corresponde a aquélla, en su calidad de titular de la potestad expropiatoria, «decidir ejecutoriamente en cuanto a la procedencia y extensión de las obligaciones del beneficiario respecto al expropiado», previsión normativa que supone identidad de razón para atribuir a la Administración la facultad y la obligación de resolver, en la forma establecida por el mencionado artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa para los servicios concedidos, cuando el expropiado reclama una indemnización por daños y perjuicios a cargo del beneficiario de la expropiación».

(12) Algunas sentencias equiparan a estos efectos al concesionario de servicios públicos y al demanial, cuando son beneficiarios de la expropiación. Así, la STS de 10 junio 1995, Recurso núm. 660/1992, FD 5.º, remitiéndose a otras: «(...) existe idéntica razón para determinar la responsabilidad del concesionario de un servicio público en sentido estricto que para declarar la del concesionario demanial del yacimiento minero, cuya titularidad le confiere precisamente el carácter de beneficiario de la expropiación, y como tal asume, en el procedimiento expropiatorio, un protagonismo material y jurídico de la misma naturaleza que el concesionario de servicios públicos, según se deduce de las facultades que atribuye a aquél el artículo 5.º del Reglamento de Expropiación Forzosa, por lo que, ante tal identidad de situación jurídica, es procedente, en ausencia de norma expresa, aplicar el mismo régimen jurídico que para los concesionarios de servicios públicos previenen los citados artículos de la Ley de Expropiación Forzosa y que después hizo extensivo a los contratistas de obras públicas el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado (...)».

(13) «(...) el centro de gravedad de este litigio se sitúa en el propio incumplimiento de la Administración de sus poderes de dirección y vigilancia de la actuación del contratista. El Pliego de Condiciones (cláusula 21) establece

III. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EXPROPIANTE EN CASO DE DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL EXPEDIENTE EXPROPIATORIO

Según doctrina jurisprudencial la declaración de nulidad del expediente expropiatorio determina la responsabilidad de la Administración expropiante, si bien en este caso el fundamento de la indemnización no es expropiatorio, sino que está en el principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos⁽¹⁴⁾. Esta regla tiene ahora carta de naturaleza legal, en la nueva Disposición Adicional incorporada a la LEF por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013⁽¹⁵⁾. En ella se establece expresamente que el fundamento de la indemnización está en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). Si éste es el fundamento de la indemnización, es claro que la obligación de abonarla recaerá sobre la Administración autora de la expropiación anulada. Otra consecuencia es que esa indemnización no se puede confundir con el justiprecio expropiatorio, que pierde su virtualidad jurídica con la anulación del expediente.

El TS ha declarado reiteradamente que, «al resultar imposible reponer la situación a su estado primitivo por estar íntegramente ejecutada la obra, las consecuencias de la declaración de nulidad del expediente expropiatorio no ha de ser la retroacción de dicho expediente a su iniciación sino la indemnización de los daños y perjuicios que se le han causado a la propietaria con la ocupación ilegal de sus bienes, debiendo pronunciarnos sobre la misma y fijar su cuantía o las bases para su determinación de existir elementos de juicio para ello»⁽¹⁶⁾. En estos casos, «hemos de fijar como indemnización a la propietaria por la ocupación ilegal de sus fincas el justo precio de éstas, incluido el premio de afección,

nítidamente que «incumbe a la Administración ejercer, de una manera continuada y directa, la inspección de la obra durante su ejecución», por lo que la actividad del contratista, cumpliendo lo preceptuado en la cláusula 23 respecto a la señalización de las obras en ejecución, debe ser objeto de inspección y comprobación por la Administración, hasta el punto de que aquél debe cumplir, dice la citada cláusula 23, «las órdenes que reciba por escrito acerca de la instalación de señales complementarias o modificación de las ya instaladas». Así las cosas, no es posible en este punto concluir en un alejamiento al máximo de la Administración del contratista con el objeto de que la responsabilidad de éste no se comunique a aquélla».

(14) Cfr. J.A CHINCHILLA PEINADO, con cita de las sentencias del TSJ Madrid de 26 octubre 2011, recurso 1106/2006 y del TSJ de Castilla-La Mancha de 13 octubre 2011, recurso 431/2007: «La tutela jurisdiccional de los propietarios ante las declaraciones implícitas y urgentes de necesidad de ocupación. La nulidad del procedimiento expropiatorio y la figura del beneficiario de la expropiación», en «Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Problemas actuales de la expropiación forzosa. La reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica. Actas del VII Congreso de la Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo», INAP, Madrid 2012, pp. 356-358.

(15) La introduce la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, con efectos desde 1.º de enero de 2013 y vigencia indefinida: «En caso de nulidad del expediente expropiatorio, independientemente de la causa última que haya motivado dicha nulidad, el derecho del expropiado a ser indemnizado estará justificado siempre que éste acredite haber sufrido por dicha causa un daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

(16) STS de 27 noviembre 1999, FD 4.º, que se remite a las sentencias de 11 de noviembre de 1993 (recurso de apelación 9183/1990), 21 de junio de 1994 (recurso de apelación 6674/1991), 18 de abril de 1995 (recurso de casación 1785/1992), 8 de noviembre de 1995 (recurso de casación 954/1992) y 27 de enero de 1996 (recurso de casación 1311/1993)

además de una cantidad equivalente al veinticinco por ciento de aquél, como parece ser que la propia Sala de instancia había resuelto en otros casos relativos a idéntica expropiación, según se recoge en el fundamento jurídico tercero «in fine» de su sentencia, cuya suma habrá de incrementarse con el interés legal de la misma a partir de los seis meses de la aprobación del proyecto de obras»⁽¹⁷⁾.

El Alto Tribunal ha precisado que en estos casos la indemnización no se abona en concepto de justiprecio de la expropiación, sino por la ocupación ilegal del bien (por vía de hecho), sin perjuicio de que se tome como referencia para determinar su cuantía el justiprecio fijado por el Jurado en beneficio del expropiado, para evitarle otro pleito⁽¹⁸⁾

Si la Administración expropiante responde frente al expropiado por los perjuicios derivados de la declaración de nulidad del expediente expropiatorio, cualquiera que sea la causa de esa declaración, y aunque exista un beneficiario, que quedará liberado de sus obligaciones a consecuencia de la declaración de nulidad, también deberá hacerlo en caso de que el beneficiario incumpla su deber de abonar el justiprecio, sin perjuicio de que la Administración pueda exigirle la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato de concesión. La razón es que, aunque el pago del justiprecio sea obligación del beneficiario, la Administración expropiante es la responsable de la expropiación y la titular de la obra o servicio que la justifica. De ahí que la Dirección General de los Registros y del Notariado exija que las actas de pago y ocupación sean suscritas por aquélla, además de por el beneficiario y el expropiado⁽¹⁹⁾. La responsabilidad de la Administración expropiante será exigible en las distintas hipótesis que antes hemos planteado y que ahora es el momento de examinar.

(17) STS de 27.11.1999, citada en la nota anterior, FD 5.º. La tesis de que en actuaciones ilegales hay que incrementar la indemnización en un 25% es doctrina jurisprudencial reiterada, ya que no se pueden equiparar esas actuaciones y las legales, se acoge también en la STS de 8 junio 2002, Sección 6.ª, que se remite a otras muchas, y en las de 2012 citadas en la nota siguiente.

(18) STS de 13 de mayo de 2012, recurso 2076/2009: «Y es que, como pone de relieve el Tribunal de instancia, se trataba simplemente de determinar el valor real del terreno en el momento en que la lesión ilícita se produjo, para lo cual no era forzoso acomodarse a ninguno de los criterios valorativos de la Ley 6/1998, criterios establecidos para las expropiaciones regularmente llevadas a cabo, pues, en el caso presente, lo que procedía era una indemnización por la privación por vía de hecho del bien, ya que, como hemos dicho en sentencia de 15 de octubre de 2008, cuando tal ilícita privación se produce y así se interesa por el afectado, al objeto de evitarle la promoción de un nuevo proceso, la indemnización puede traducirse en la valoración asignada por el Jurado cuyo contenido es objeto de cuestionamiento en vía jurisdiccional, incrementada en un 25% sobre la base de que, apreciada una vía de hecho, no existe una auténtico justiprecio como compensación por la pérdida de la propiedad del bien al no existir, en realidad, una auténtica y legal expropiación forzosa». Idéntica doctrina en las SSTs de 3 de abril de 2012, recurso 1590/2009, FD 3.º, y 29 de marzo de 2012, recurso 1670/2009, FD 2.º, entre otras muchas contemporáneas.

(19) Resolución de 8 de octubre de 2012, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Alicante n.º 3 a inscribir la expropiación forzosa de una finca por ese motivo (BOE 2 de noviembre). La resolución desestima el recurso con la siguiente argumentación: «En todo caso se hace constar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Expropiación, la expropiación forzosa sólo podrá ser acordada por el Estado, la Provincia y el Municipio. En su virtud –aunque puedan beneficiarse de la expropiación, por causa de utilidad pública, las entidades y concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición–, las actas de pago y de ocupación que deben de ser presentadas en el Registro para la inscripción de un bien expropiado deben de estar suscritas por el representante legal del organismo expropiante, ello sin perjuicio de la comparecencia de la persona expropiada y de la entidad beneficiaria, debidamente representada».

IV. EL DESISTIMIENTO DE LA EXPROPIACIÓN NO ES POSIBLE, PERO SÍ LA RENUNCIA A LA CONCESIÓN

La primera hipótesis a considerar es que el beneficiario desista de la expropiación, en vista de que el justiprecio es mucho más elevado que el previsto. Obviamente, esto no es posible. El desistimiento de la expropiación no se regula en la LEF ni en la legislación sectorial. El TS lo ha admitido mientras la expropiación no esté consumada, lo que ocurre con el pago del justiprecio en las expropiaciones ordinarias y con la ocupación en las declaradas urgentes (STS de 22 de octubre de 2010, Sección 4.ª, recurso 134/2009). Ello sin perjuicio de que la Administración esté obligada a resarcir los perjuicios que a los propietarios haya producido la expropiación iniciada y no consumada. Según el Alto Tribunal la consumación de la expropiación crea un derecho subjetivo a favor del expropiado, que la Administración no puede desconocer (STS 11 octubre 2006, recurso 5909/2003, que cita otra de 14 de abril de 2005). El beneficiario no puede ampararse en un desistimiento posterior para eximirse del pago, menos aún cuando existe una sentencia firme que lo ordena (STS 12 de febrero de 1999, recurso 3700/1993)⁽²⁰⁾. En nuestro caso, ocupados los terrenos y construida la obra, es evidente que la expropiación se ha consumado, aunque no se haya pagado todavía el justiprecio o, para decirlo con mayor precisión, estará pendiente de pago la diferencia entre el señalado en el proyecto de expropiación (que se habrá pagado o consignado) y el resultante de la sentencia.

Aunque no pueda desistir de la expropiación, el concesionario-beneficiario podría liberarse de sus efectos (en concreto, la obligación de abonar el justiprecio) por la vía indirecta de la renuncia a la concesión. La renuncia a la concesión conllevará la pérdida de la condición de beneficiario, pues ambas posiciones jurídicas están unidas en los supuestos que comentamos. La legislación de contratos del sector público no incluye la renuncia entre las causas generales de resolución (cfr. artículos 223 del TRLCSP), pero sí la prevé como causa específica en las concesiones de obra pública, junto al abandono y el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales [artículo 269.j)]. En este supuesto, como en los demás de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, en función de su grado de amortización (artículo 271.1)⁽²¹⁾. La renuncia está también prevista en la legislación de autopistas de peaje⁽²²⁾.

En la legislación vigente de contratos del sector público ha desaparecido la excepción que figuraba en el artículo 266.2 de la anterior Ley de Contratos de las Administraciones

(20) Según esta sentencia, el desistimiento «es un acto de terminación de las actuaciones por el que, sin que recaiga pronunciamiento sobre el fondo, se acepta la retirada del interesado. Pero mal puede pretenderse terminar de esa manera un procedimiento cuando ya está terminado y además con pronunciamiento sobre el fondo, emitido, además, por un Tribunal de justicia y que es firme».

(21) Véase al respecto, C. CHINCHILLA MARÍN, «La insolvencia del contratista de las Administraciones Públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 69(I), mayo-agosto 2004, pp. 73 y ss.

(22) Cláusula 112.c) del Pliego General de 1973: «La renuncia deberá ser pura y simple hecha por escrito ante el Ministerio de Obras Públicas. Esta renuncia autorizará a la Administración para la incautación del servicio sin devolución de la fianza. Si la renuncia se hiciere en favor de persona determinada, tal acto se interpretará como de cesión de la concesión, disciplinándose sus efectos por lo establecido para este supuesto».

Públicas (LCAP, en la redacción introducida por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública), según la cual «si el concesionario hubiese contado entre sus recursos con financiación de terceros, sólo se le abonará el sobrante después de solventar las obligaciones contraídas con aquéllos». Esta disposición, procedente de la legislación de autopistas de peaje y, en concreto, del Pliego general de 1973 (cláusula 107, apartado f), tenía enorme trascendencia en caso de concurso en cuanto privilegiaba los créditos otorgados al contratista por las entidades financieras, que debían ser satisfechos por la Administración contratante y, por tanto, no pasaban a formar parte de la masa del concurso. Dejando aquí de lado la cuestión de la vigencia de esta peculiaridad de la legislación sectorial⁽²³⁾, lo relevante para nuestro propósito es determinar qué ocurrirá con los justiprecios pendientes de pago. Aunque la ley no lo diga, parece claro que deberán ser asumidos por la Administración contratante (y expropiante). Al extinguirse la relación contractual entre ella y el concesionario-beneficiario, habrá que proceder a la liquidación del contrato, abonando la Administración al contratista el importe de las inversiones realizadas por éste⁽²⁴⁾, pero también hacer frente a sus obligaciones pendientes en su condición de beneficiario de la expropiación. Ello sin perjuicio de que la Administración reclame indemnización por los perjuicios que le haya irrogado el cumplimiento de una obligación esencial del concesionario, como es el pago del justiprecio. La responsabilidad contractual de éste frente a la Administración es evidente, pero no lo es menos que la extinción del contrato determina la subrogación de la Administración expropiante en la posición jurídica del anterior concesionario-beneficiario en cuanto que aquélla habrá adquirido la titularidad de los bienes expropiados⁽²⁵⁾. En esa condición, tendrá que pagar el justiprecio pendiente, porque la extinción de la relación contractual no puede perjudicar al expropiado, dejando sin efecto una garantía básica, como es el pago de la indemnización. Al desaparecer el beneficiario, la Administración expropiante quedará como responsable directa del pago del justiprecio al expropiado. De no ser así, se producirá un enriquecimiento injusto de aquélla a costa del expropiado, porque es evidente que éste no puede dejar de percibir el justiprecio.

Por consiguiente, en la hipótesis de renuncia a la concesión, la imputación a la Administración expropiante de la obligación de abonar los justiprecios pendientes deriva de la desaparición de la figura del beneficiario a consecuencia de la extinción de la relación contractual y en la asunción por aquélla de la titularidad de los bienes expropiados por haberse ejecutado la obra que motivó la expropiación a la que dichos bienes han quedado

(23) Pese a su carácter de *lex specialis* parece correcto sostener la prevalencia de la legislación de contratos del sector público, como hace, con buenos argumentos y en referencia a la LCAP, CHINCHILLA MARÍN, ob. cit. pp. 81 y ss.

(24) El Pliego general de 1973 establece que «[l]as expropiaciones se indemnizan por lo realmente pagado a los expropiados en su momento, deducida la cuota de amortización que en función del número de años corresponda» [cláusula 107, e).1], pero nada dice sobre los justiprecios pendientes.

(25) Según el Pliego general de 1973, el concesionario viene obligado a inscribir en el Registro de la Propiedad, y a favor del Estado, la totalidad de los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión y sean susceptibles de ello, sin perjuicio de la inscripción independiente de su derecho de concesión (Cláusula 56. Inscripción de bienes y derechos expropiados). Una vez construida la autopista y abierta al tráfico, ha adquirido la condición de bien de dominio público de titularidad estatal (artículo 17.1 de la Ley de autopistas de peaje de 1972 y artículo 2 de la Ley de Carreteras de 1988).

efectivamente destinados. El fundamento de esa responsabilidad está en el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado por daños derivados del funcionamiento (normal o anormal) de los servicios públicos (artículo 106.2 de la CE y 139 y siguientes de la LRJPAC). El impago del justiprecio por el beneficiario, que actúa como concesionario o agente de la Administración expropiante, supone un funcionamiento anormal de los servicios públicos, pues lo normal es que aquél pague las indemnizaciones expropiatorias a que está obligado. Aquí no cabe alegar que, cuando hay un concesionario, es él quien responde de los daños causados a terceros, puesto que la hipótesis de que se parte es, precisamente, la de extinción de la relación concesional.

Cabe la posibilidad de que la Administración no acepte la renuncia, porque considere que, en realidad, encubre el incumplimiento por el concesionario de una de sus obligaciones contractuales esenciales, lo que sería otra causa de resolución distinta [artículo 223.f) del TRLCSP], con consecuencias menos favorables para el concesionario, que aquí no entramos a analizar.

V. EL RESCATE Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL PAGO DE LOS JUSTIPRECIOS PENDIENTES

La legislación vigente de contratos del sector público (Texto Refundido de 2011), como en la anterior LCAP (Texto Refundido de 2000), define el rescate como «la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular» [artículo 269.g) del TRLCSP]. Esta definición configura el rescate como una imposición unilateral de la Administración, que decide extinguir la relación con el concesionario, pese a su buena gestión. Esta concepción del rescate como acto puro de autoridad implica, lógicamente, que la Administración asuma todas las consecuencias de una decisión que impone unilateralmente. Entre ellas figurará la obligación de pago de los justiprecios pendientes, por las razones expuestas en el epígrafe anterior, porque la extinción (en este caso, por rescate de la concesión) de la relación entre la Administración contratante-expropiante y el concesionario-beneficiario no priva de efectos a una expropiación ya consumada y, por ello, no puede perjudicar a los expropiados en su derecho a percibir el justiprecio. Cuestión muy diferente, porque se sitúa en el terreno de la oportunidad y no en de la legalidad, es que esté o no justificado rescatar las concesiones de autopistas actualmente en dificultades. No parece que lo esté, porque el concesionario quedaría liberado de sus deberes, mientras que la Administración los asumiría en su integridad y, además, en virtud de una decisión unilateral que el concesionario no tendría más remedio que acatar (aunque la realidad fuera muy diferente, pues sería el concesionario quien querría ser rescatado).

El acuerdo de rescate se adoptará por el Consejo de Ministros (no antes de que transcurra el 25 por 100 del período concesional: cláusula 111 del Pliego General). La Administración indemnizará al contratista por los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla habida cuenta de su grado de amortización (artículo 288.4 del TRLCSP). En este supuesto, como en los demás de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la

expropiación de terrenos (artículo 271.1 del TRLCSP). En consecuencia, son aplicables a esta hipótesis las consideraciones que hemos hecho en el epígrafe anterior sobre el abono de los justiprecios pendientes. La obligación recaerá sobre la Administración expropiante al desaparecer el beneficiario. Como el derecho a su percepción y la cuantía ya estará reconocido en el marco del expediente expropiatorio o, en caso de desacuerdo, en la sentencia judicial correspondiente, el expropiado podrá reclamar el pago directamente a la Administración expropiante por el cauce de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

VI. EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN POR DECLARACIÓN DE CONCURSO

La insolvencia es el presupuesto objetivo de la declaración de concurso. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles⁽²⁶⁾. Sin embargo, no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público (artículo 1.3 de la Ley Concursal)⁽²⁷⁾. Es evidente, pues, que el concesionario podrá ser declarado en concurso, mientras que no podrá serlo la Administración expropiante. Aquél puede ver en el concurso una vía para eludir el pago de los justiprecios pendientes, en tanto que ésta no podrá eludirlo en la hipótesis aquí sustentada de que se subroga en las obligaciones del concesionario, que dejará de serlo, puesto que la declaración de concurso conllevará la extinción de la relación concesional.

En efecto, una de las causas generales de resolución de los contratos del sector público es la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento [artículo 223.b) del TRLCSP]. También está prevista como causa específica para las concesiones de obra pública [artículo 269.b) del TRLCSP]. Su aplicación por la Administración no es potestativa, sino reglada, porque «la declaración de insolvencia y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación (...) originarán siempre la resolución del contrato» (artículos 224.2 y 270.2 del TRLCSP). Mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración podrá decidir la continuación del contrato si el contratista prestare garantías suficientes (artículo 224.5 del TRLCSP). Pero, si se ha alcanzado dicha fase, ya no hay margen de negociación sobre el mantenimiento o la extinción de la concesión⁽²⁸⁾. El acuerdo de resolución conllevará la pérdida de la garantía prestada por el contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable (artículo 225.4 del TRLCSP). De no ser así, no perderá la garantía.

(26) Artículo 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, reformada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

(27) Para una visión general del tema, véase M. CARLÓN RUIZ, «Las Administraciones Públicas ante el fenómeno concursal: algunas reflexiones al hilo de la nueva Ley», *RAP* 164, mayo-agosto, 2004, pp. 95 y ss. y el ya citado trabajo de CHINCHILLA MARÍN en el n.º 69 de la *RVAP*. También I. DEL GUAYO CASTIELLA, *Sector público empresarial e instituciones paraconcursoales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 49 y ss. y *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011 y A. RUIZ OJEDA, *La concesión de obra pública*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 613 y ss.

(28) Cfr. I. GALLEGO CÓRCOLES, «La extinción del contrato de concesión de obras públicas», en la obra colectiva *El contrato de concesión de obra pública en la Ley de Contratos del Sector Público*, dirigida por F. PUERTA SEGUIDO, La Ley, Madrid, 2009, p. 190.

En el caso de concesiones de obra pública, los efectos de la resolución del contrato son los que hemos visto en los epígrafes anteriores. Con carácter general la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, teniendo en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero (artículo 271.1 del TRLCSP). La extinción de la concesión determina la sucesión del concesionario-beneficiario por la Administración expropiante en los derechos y obligaciones de aquél.

Parece claro que la vía del concurso es la más asequible para el concesionario, si las circunstancias objetivas justifican esa declaración y, además, no ve futuro a la concesión. La extinción de la relación contractual por la declaración de insolvencia del concesionario o la apertura de la fase de liquidación del concurso (como cualquier otro supuesto de extinción de la concesión) determina la subrogación de la Administración expropiante en los derechos y obligaciones del concesionario-beneficiario, entre ellos, el pago de los justiprecios pendientes. Como el derecho a su percepción y la cuantía ya estarán reconocidos en el marco del expediente expropiatorio o, en caso de desacuerdo, en la sentencia judicial correspondiente, el expropiado podrá reclamar el pago directamente a la Administración expropiante por el cauce de la responsabilidad patrimonial, lo mismo que en caso de rescate.

VII. IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD AL EXPROPIANTE EN FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En los epígrafes anteriores hemos visto que la renuncia, el rescate y la declaración de concurso, al extinguir la relación concesional, determinan la subrogación de la Administración expropiante en la posición jurídica del beneficiario en cuanto a la obligación de abonar los justiprecios pendientes, habida cuenta de que aquella (y no éste) es el *dominus operis*. Queda por examinar si esas situaciones podrían incidir sobre la ejecución de las sentencias que incrementen el justiprecio señalado en vía administrativa y condenen a su pago al concesionario-beneficiario.

Es evidente que el incremento del justiprecio por sentencia judicial, aunque perjudique al beneficiario, no le exonera del pago, sin perjuicio de que pueda reclamar de la Administración expropiante el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en el marco de la relación contractual que vincula a ambos. El beneficiario tiene que acreditar que no puede pagar. Será difícil que lo consiga porque siempre tendrá ingresos derivados de la explotación de la autopista (tarifas de peaje). Aunque sean inferiores a los previstos inicialmente, se podrá establecer un plan de pagos parciales hasta dar cumplimiento completo a la sentencia. Además, como ya hemos señalado, desde 2010 hay un sistema de compensación⁽²⁹⁾, que le permite obtener un préstamo participativo, con carácter finalista,

(29) Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, Disposición Adicional 41.^a. En su virtud, se han modificado algunas concesiones. Así, Real Decreto 1610/2010, de 26 de noviembre, modifica determinados términos de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación

precisamente para el abono del justiprecio fijado por acuerdos firmes del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa o sentencias firmes. Para que la concesionaria pueda devolver el préstamo, se ha previsto un incremento de sus ingresos mediante una elevación de tarifas o una ampliación del plazo de la concesión. Corresponde al Consejo de Ministros la competencia para adoptar ambas decisiones.

El citado mecanismo de compensación tiene por objeto el mantenimiento del equilibrio financiero de la concesión. Es un derecho del concesionario, pero también una carga, en el sentido de que se verá obligado a utilizar esa vía para resarcirse de la mayor onerosidad derivada del incremento de los justiprecios expropiatorios, pues se ha previsto precisamente con esa finalidad. En otras palabras, teniendo a su disposición este mecanismo de compensación, el concesionario no puede rechazar su utilización y declararse, sin más, insolvente. Pero podría renunciar a la concesión o solicitar la declaración de concurso, con las consecuencias que ya hemos señalado.

La cuestión que debemos examinar ahora es si la concesionaria podría promover la declaración de imposibilidad (material) de ejecutar la sentencia que fija el justiprecio y ordena su pago, conforme al artículo 105.2 de la LJCA. También cabe plantear la posibilidad de que esa declaración la solicite el expropiado, si no lo hace la concesionaria, aunque no esté previsto. Si el órgano judicial aprecia la imposibilidad, deberá fijar la indemnización procedente, como dispone el citado precepto legal. En este caso, el núcleo del problema no será fijar la indemnización sustitutoria, que coincidirá con la cuantía del justiprecio (a la que habrá que de añadir los intereses de demora y el pago de otros perjuicios efectivos que el expropiado acredite), sino determinar quién tiene que pagarla, ya que el beneficiario no puede hacerlo. En este incidente de ejecución habrá que plantear la responsabilidad de la Administración expropiante, con fundamento en el principio general de responsabilidad patrimonial del Estado, como ya hemos explicado.

Esta tesis tiene, al menos, dos sólidos apoyos. El primero es que en la relación tripartita Administración expropiante-beneficiario-expropiado la posición jurídica que merece mayor protección es la de este último, pues el abono del justiprecio forma parte de las garantías expropiatorias básicas del artículo 33.3 de la Constitución. Se podrá discutir quién tiene que pagar, pero es incuestionable que uno de los dos (beneficiario o expropiante) tendrá que hacerlo, sin perjuicio de que luego arreglen sus diferencias en el seno de la relación contractual que les une. Partiendo de que la expropiación es irreversible, porque ya se ha consumado y no cabe el desistimiento, no hay alternativa a la obligación de pago (sin perjuicio de que se pacte la modalidad de hacerlo efectivo).

El segundo apoyo es que la Administración expropiante es la titular de la obra que motivó la expropiación. Según el Pliego general para concesiones de autopistas de peaje de 1973, el concesionario viene obligado a inscribir en el Registro de la Propiedad, y a

de la autopista de peaje R-2, de Madrid a Guadalajara, y de la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-II hasta la carretera N-I, para compensar los sobrecostes por obras adicionales y expropiaciones, según lo establecido en la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 26/2009. Con el mismo fin, el Real Decreto 971/2011, de 1 de julio, modifica determinados términos de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de los tramos de la autopista AP-6 conexión con Segovia (AP-61) y autopista AP-6 conexión con Ávila (AP-51), así como para la conservación y explotación, a partir del 30 de enero de 2018 de la autopista de peaje AP-6, tramo Villalba-Adanero.

favor del Estado, la totalidad de los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión y sean susceptibles de ello, sin perjuicio de la inscripción independiente de su derecho de concesión (Cláusula 56. Inscripción de bienes y derechos expropiados). Una vez construida la autopista y abierta al tráfico, ha adquirido la condición de bien de dominio público de titularidad estatal (artículo 17.1 de la Ley de autopistas de peaje de 1972 y artículo 2 de la Ley de Carreteras de 1988). Para evitar un enriquecimiento injusto de la Administración expropiante a costa del expropiado, aquélla deberá pagarle el justiprecio, si no lo hace el beneficiario, que es el obligado en primer término.

En esta hipótesis es evidente que la pretensión indemnizatoria se debe plantear en sede judicial, en la fase de ejecución de la sentencia, pues se tratará de una indemnización sustitutoria por imposibilidad de incumplimiento de la sentencia, con la particularidad de que esa indemnización es, en principio, la misma que constituía el objeto de la sentencia cuya ejecución se declara imposible. Lo paradójico es que la imposibilidad de ejecución de la sentencia no resulta del objeto del fallo (tratándose del pago de cantidad siempre será posible el cumplimiento) sino del sujeto, pues el obligado al pago no puede asumirlo.

A mi juicio, esto no justifica la declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia. Aunque se mantenga lo contrario, habrá otro obstáculo insalvable para que por esta vía se condene a la Administración expropiante al pago de la indemnización sustitutoria: que aquélla no habrá sido parte en el proceso, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que considera que aquélla no está legitimada para intervenir en los litigios sobre el justiprecio cuando hay un beneficiario obligado al pago (supra, epígrafe I). El resultado sería que la sentencia declarada de imposible ejecución quedaría sin ejecutar y que, a continuación, el expropiado tendría que presentar una reclamación indemnizatoria a la Administración expropiante, es decir, otro expediente administrativo y, previsiblemente, otro pleito.

Este resultado sólo perjudica al expropiado, que es aquí la parte más débil, pese a que, paradójicamente, ostenta la posición jurídica más sólida. Para evitarlo, habría que abandonar esa doctrina jurisprudencial y reconocer la legitimación de la Administración expropiante en los litigios sobre el justiprecio, aunque el obligado al pago sea el beneficiario. Esa doctrina se basa en una distinción puramente formal de las posiciones jurídicas de expropiante y beneficiario, pero carece de fundamento sólido. ¿Cómo se puede decir que la Administración expropiante no tiene un interés directo en que el beneficiario pague el justiprecio? Es evidente que lo tiene, pues tendrá que pagar ella si aquél no lo hace.

La intervención en el proceso de la Administración expropiante permitiría, además, al órgano judicial declarar la responsabilidad de aquélla, cuando el beneficiario no pueda asumir el pago, dando así satisfacción más pronta al expropiado, sin necesidad de tramitar otro expediente administrativo, ahorrándole así tiempo y dinero.

VIII. CONCLUSIÓN

Hay sólidas razones jurídicas para fundamentar la responsabilidad de la Administración expropiante (a través Ministerio de Fomento en las concesiones de autopistas de peaje) en caso de impago del justiprecio por el concesionario-beneficiario de la expropiación. Esa hipótesis se puede plantear en los supuestos de renuncia a la concesión, declaración de concurso o rescate y en cualquier otro de resolución de la relación contractual. La extin-

ción del contrato de concesión conlleva la subrogación de la Administración expropiante en los derechos y obligaciones del beneficiario y, por tanto, la imputación a aquélla del abono de los justiprecios pendientes. Ello, lógicamente, sin perjuicio de que aquélla pueda exigir al concesionario-beneficiario la indemnización por los daños y perjuicios que le haya ocasionado el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. En otras palabras, la Administración expropiante responde extracontractualmente frente a los expropiados, en caso de que el beneficiario no pague el justiprecio, en tanto que éste responde frente a aquélla por los perjuicios derivados del incumplimiento contractual que dicho impago supone (aparte de otros posibles incumplimientos).

Precisamente porque tanto la Administración expropiante como el beneficiario responden del pago del justiprecio, se debe abandonar la doctrina jurisprudencial que niega legitimación a aquélla en los procesos relativos al justiprecio cuando el obligado al pago es el concesionario-beneficiario de la expropiación. Esa doctrina se basa en una distinción puramente formal de las posiciones jurídicas de expropiante y beneficiario, pero carece de fundamento sólido, porque es evidente que la Administración expropiante tiene interés directo en que el beneficiario pague el justiprecio.

En el terreno de la política legislativa, quizá haya que replantearse la figura del beneficiario de la expropiación cuando no adquiere la propiedad de los terrenos, como ocurre en las concesiones de autopistas y, en general, en las expropiaciones para obras públicas. En estos casos, la obligación de pagar el justiprecio es asumida en virtud del contrato de concesión, pero no significa que el concesionario adquiera la propiedad de los terrenos. La doble condición que éste ostenta (concesionario y beneficiario) no tiene el mismo peso en la relación jurídica que le vincula a la Administración. Lo decisivo es su condición de concesionario. La de beneficiario es instrumental, precisamente para conseguir que pague el justiprecio. Los derechos y deberes recíprocos se establecen en el marco de la relación contractual, no de la expropiatoria. Uno de esos deberes es el pago del justiprecio, ya que el importe de las expropiaciones es uno de los componentes del equilibrio concesional.

Es significativo que el TS haya rechazado las pretensiones de los concesionarios de inscribir a su nombre las parcelas sobrantes o percibir su importe en caso de que los expropiados ejerzan el derecho de reversión, afirmando que corresponden a la Administración expropiante, pues lo contrario supondría un enriquecimiento injusto del expropiado, que alteraría el equilibrio concesional⁽³⁰⁾.

Si lo decisivo en la figura del beneficiario es que adquiere la propiedad de los bienes expropiados (por eso paga su valor), los concesionarios de obras públicas no serían beneficiarios de la expropiación, aunque paguen el justiprecio. Alternativamente, se podrían

(30) STS de 29 de febrero de 2012, recurso 2625/2009, FD 4.º: «Lejos del enriquecimiento injusto que por parte de la Administración se observa por el Tribunal de instancia para el caso de que no se reconociera al concesionario el abono correspondiente a la reversión, en atención a que en su calidad de beneficiario de la expropiación sufragó los gastos de la expropiación, entendemos que la solución que se propugna en la sentencia lo que origina es un enriquecimiento injusto por parte del concesionario, y es que fijándose el precio de la concesión en consideración a los costes que al beneficiario supuso la ejecución de la obra, incluidos los derivados de la expropiación y, entre ellos, el justiprecio abonado por las parcelas revertidas como sobrantes, el concesionario se vería enriquecido con el reintegro de lo percibido por la Administración en virtud de reversión, en tanto que el pago del justiprecio de los bienes expropiados, incluidos los después revertidos, determinó el importe del precio concesional».

distinguir dos tipos de beneficiarios en función de que adquieran o no los bienes expropiados. Esto enlaza con las consideraciones que hemos hecho al principio sobre los dos tipos de expropiaciones con beneficiario: a) cuando su existencia la decide la Administración, que pasará a ser titular de los bienes expropiados; b) cuando lo pide el particular y la Administración accede, adquiriendo aquél la titularidad.

La lamentable experiencia de las concesiones de autopistas que motiva el presente trabajo incita a una reflexión sobre la necesidad de reconsiderar el reparto de cargas y beneficios entre la Administración y el contratista en las concesiones de obras públicas⁽³¹⁾ o, al menos, establecer reglas específicas para hacer frente a la mayor onerosidad sobrevenida del coste de las expropiaciones. Pero cualquier medida que se adopte debe partir de la premisa de que las incidencias que afecten a la relación contractual entre aquéllos no pueden perjudicar a los expropiados en un aspecto capital de la garantía constitucional como es el abono del justiprecio.

(31) El Plan de Infraestructuras, Transportes y Vivienda (PITVI) elaborado por el Ministerio de Fomento como marco de referencia para su actuación futura prevé modificar el régimen de asignación de riesgos en las concesiones de autopistas, sin transferir el riesgo de expropiaciones al concesionario, «limitándolo, igual que se hace en otros países de la UE» (p. II.91). La formulación es bastante ambigua porque no es lo mismo «no transferir» el riesgo de las expropiaciones que «limitarlo». En consecuencia, no es fácil determinar el alcance de esta previsión.

EL RECURSO DE REPOSICIÓN EN EL REGLAMENTO GENERAL DE REVISIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA ⁽¹⁾

JOSÉ LUIS BURLADA ECHEVESTE
INÉS MARÍA BURLADA ECHEVESTE

Doctores en Derecho

RESUMEN

El Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que aprueba el Reglamento General de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), desarrolla en dos Capítulos (artículos 21 a 27) la regulación que hace la Ley General Tributaria (LGT) del recurso de reposición: el Capítulo Primero, referido a las Disposiciones Generales y el Capítulo Segundo, relativo al procedimiento.

Palabras clave: Recurso de reposición, procedimiento, suspensión, simultaneidad.

ABSTRACT

General Regulation Review in administrative developed in two chapters (sections 21-27) regulation makes the Tax Code of the appeal: Chapter One, referred to the General Provisions and Chapter Two on the procedure.

Keywords: Administrative appeal, procedure, suspension, simultaneity.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONSECUENCIAS DE LA SIMULTANEIDAD DEL RECURSO DE REPOSICIÓN Y DE LA RECLAMACIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA.
 1. **Reclamación económico-administrativa anterior al recurso de reposición.**
 2. **Recurso de reposición anterior a la reclamación económico-administrativa.**
- III. EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN RESPECTO AL EJERCICIO DE OTROS RECURSOS.
- IV. PROCEDIMIENTO.
 1. **Iniciación.**
 2. **Puesta de manifiesto del expediente.**
 3. **Suspensión del acto impugnado.**
 4. **Interesados en el procedimiento.**
 5. **Notificación de la resolución.**

(1) Este trabajo de investigación se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación de la Unidad de Formación e Investigación (UFI), con el código de registro UFI 11/05, financiado por la Universidad del País Vasco.

I. INTRODUCCIÓN

El recurso de reposición en materia tributaria⁽²⁾ se regulaba en los artículos 160 a 162 LGT de 1963, desarrollados por el RD 2244/1979, de 7 de septiembre, regulador del recurso de reposición previo al económico-administrativo. La LGT de 17 de diciembre de 2003 (artículos 222 a 225) regula de forma mucho más extensa que la LGT anterior el recurso de reposición, pues como explicita su Preámbulo «se recogen las principales normas de tramitación y suspensión hasta ahora contenidas en el Real Decreto 2244/1979, de 7 de septiembre». De esta forma, como apunta el Preámbulo del RGRVA, «la regulación del recurso de reposición destaca por su carácter continuista respecto del régimen anterior, puesto que la Ley ha recogido algunas normas sobre tramitación y sobre suspensión contenidas en el Real Decreto 2244/1979, de 7 de septiembre, y sólo ha introducido novedades en cuanto al plazo para interponer, resolver y notificar».

El Título III del RGRVA (artículos 21 a 27) desarrolla la normativa sobre el recurso de reposición recogida en la LGT, distinguiéndose dos capítulos: el capítulo I, referido a las disposiciones generales y el capítulo II, relativo al procedimiento, que se divide en tres Secciones: la Sección 1.^a, referida a la iniciación, la Sección 2.^a, que regula la tramitación y la Sección 3.^a, que aborda la Resolución.

II. CONSECUENCIAS DE LA SIMULTANEIDAD DEL RECURSO DE REPOSICIÓN Y DE LA RECLAMACIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA

El artículo 21 del RGRVA contempla las consecuencias de la simultaneidad del recurso de reposición y de la reclamación económico-administrativa, diferenciando dos posibles situaciones: 1) que la reclamación económico-administrativa sea anterior al recurso de reposición (apartado 1)⁽³⁾; 2) que el recurso de reposición sea anterior a la reclamación económico-administrativa (apartado 2).

El apartado primero del artículo 222.2 LGT establece que «el recurso de reposición deberá interponerse, *en su caso*⁽⁴⁾, con carácter previo a la reclamación económico-ad-

(2) El recurso de reposición en materia tributaria contra actos de las Entidades Locales se encuentra regulado en el artículo 14 del TRLRHL.

(3) El párrafo primero del apartado 1 del artículo 21 del RGRVA, reiterando lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 2 del RD 2244/1979, establece que el interesado hará constar al interponer el recurso de reposición que no ha impugnado el mismo acto en la vía económico-administrativa. Es otra mención a incluir en el escrito de interposición del recurso de reposición, que debe añadirse a las previstas en los artículos 2.1 y 23 del RGRVA. Su finalidad es evitar la simultaneidad del recurso y la reclamación.

La STS de 8 de junio de 1993 (RA, 4565) relativiza el valor obstativo de la falta de indicación:

«Las objeciones formuladas por el Sr. Abogado del Estado... en orden a la inadmisión del recurso de reposición, a la omisión consistente en no haber indicado en el escrito donde aquél se interpuso, que no se había utilizado previa o simultáneamente la vía de la reclamación económico-administrativa, presupuesto ciertamente producido, pero cuyo valor obstativo debe relativizarse aplicando criterios de proporcionalidad, ante la relevancia del principio *pro actione*, potenciado al máximo nivel normativo por el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva».

(4) Es un recurso potestativo; el interesado puede optar entre interponer el recurso de reposición o acudir directamente a la vía económico-administrativa.

ministrativa»⁽⁵⁾. El recurso de reposición no se puede simultanear con la reclamación económico-administrativa, regulando los párrafos segundo y tercero del mismo precepto las consecuencias de la interposición simultánea de ambos recursos: señala, en primer lugar, que una vez interpuesto recurso de reposición no se puede promover reclamación económico-administrativa hasta que se haya resuelto de forma expresa o hasta que pueda considerarlo desestimado el recurrente por silencio administrativo y, en segundo lugar, establece las consecuencias de la interposición simultánea en el plazo establecido para recurrir del recurso de reposición y de la reclamación económico-administrativa contra el mismo acto: se tramita el presentado en primer lugar y se declara inadmisibile el segundo, es decir, la *vis atractiva* viene determinada por el primer órgano que en el tiempo conoce de la impugnación⁽⁶⁾.

1. Reclamación económico-administrativa anterior al recurso de reposición

El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 21 del RGRVA regula qué ocurre cuando se acredita que la reclamación económico-administrativa sobre el mismo asunto es anterior al recurso de reposición: «Si pese a ello se acreditase la existencia de una reclamación sobre el mismo asunto y anterior al recurso de reposición, se declarará la inadmisión de este último y se remitirá el expediente que pueda existir al tribunal económico-administrativo que esté tramitando la reclamación». SÁNCHEZ PEDROCHE recuerda que en la anterior normativa no era posible la declaración de inadmisión pues la primera noticia que tenía el órgano que dictó el acto de que se había interpuesto reclamación económico-administrativa era la reclamación del expediente por el Tribunal Económico-Administrativo. En la actualidad (artículo 235.3 LGT), como la reclamación se presenta ante el propio órgano autor del acto, que es el competente para resolver el recurso de reposición, puede producirse la declaración de inadmisión del recurso, sin que se hayan producido actuaciones de ningún tipo en relación con el escrito presentado⁽⁷⁾.

2. Recurso de reposición anterior a la reclamación económico-administrativa

El apartado segundo del artículo 21 del RGRVA regula qué ocurre cuando se acredita que el recurso de reposición es anterior a la reclamación económico-administrativa y no ha sido resuelto expresamente, sin que pueda considerarse desestimado por silencio

(5) El recurso de reposición es un recurso *previo* a la reclamación económico-administrativa. La resolución que se dicte en el recurso de reposición no agota la vía administrativa. Por eso, ha de ser recurrida en la vía económico-administrativa y sólo las resoluciones (expresas o presuntas) que ponen fin a esta vía son susceptibles de recurso contencioso-administrativo (artículo 249 LGT).

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 1999 señala que el desistimiento de un recurso de reposición no reabre los plazos para interponer reclamación económico-administrativa, declarando inadmisibile, por extemporánea, la reclamación económico-administrativa interpuesta fuera de plazo sin esperar a la resolución expresa o presunta del recurso de reposición, que sí había sido interpuesto en plazo.

(6) CHECA GONZÁLEZ, C., *Revisión en Vía Administrativa: Recurso de Reposición y Reclamaciones Económico-Administrativas*, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 18.

(7) *Revisión Administrativa en Vía Tributaria*, CEF, 2006, p. 491.

administrativo: «Los tribunales económico-administrativos declararán inadmisibles toda reclamación relativa a cualquier acto de la Administración cuando conste que dicho acto ha sido previamente impugnado mediante recurso de reposición y que éste no ha sido resuelto expresamente y no puede entenderse desestimado por silencio administrativo. En este supuesto, el órgano administrativo que haya dictado el acto reclamable remitirá al tribunal competente una copia del escrito de interposición del recurso de reposición y de la reclamación junto con una diligencia en la que se ponga de manifiesto la existencia del recurso de reposición y, por tanto, la no procedencia de la remisión del expediente correspondiente⁽⁸⁾. El tribunal podrá solicitar la documentación complementaria que considere necesaria para determinar la procedencia de la inadmisión»⁽⁹⁾.

Ya los Tribunales Económico-Administrativos habían declarado inadmisibles las reclamaciones económico-administrativas interpuestas con posterioridad a los recursos de reposición en los casos en que hubiesen sido simultaneadas ambas vías, habiéndose interpuesto en primer lugar el recurso de reposición⁽¹⁰⁾.

III. EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN RESPECTO AL EJERCICIO DE OTROS RECURSOS

El artículo 22 del RGRVA dispone que «La *interposición* del recurso de reposición interrumpe los plazos para el ejercicio de otros recursos, que volverán a contarse *desde su inicio* a partir del día siguiente a aquél en que el recurso de reposición pueda entenderse presuntamente desestimado⁽¹¹⁾ o, en cualquier caso, a partir del día siguiente a la fecha en que se hubiera practicado la notificación expresa de la resolución del recurso».

De la lectura del artículo 22 del RGRVA se deduce que el efecto de la interrupción del plazo para promover la reclamación económico-administrativa se produce con el sólo acto de *interponer* la reposición, es decir, con independencia de si la reposición está funda-

(8) Esta última referencia debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 52.1 del RGRVA.

(9) La posibilidad de que el Tribunal pueda solicitar documentación complementaria, como expone RUIZ TOLEDANO (*El Nuevo Régimen de Revisión Tributaria Comentado*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 312-313), es lógica pues es el órgano competente para declarar la inadmisibilidad de la reclamación económico-administrativa y debe contrastar si se interpuso con carácter previo el recurso de reposición, y éste puede que no se hubiese resuelto de forma expresa. Normalmente será fácil advertir que se produjo silencio negativo (por ejemplo, el recurso de reposición se interpuso el 24 de mayo de 2005 y la reclamación el 28 de junio), pero puede que hubiesen hecho alegaciones otros interesados o se hubiese solicitado a otros órganos la remisión de datos o informes. Estos períodos (que no pueden exceder de dos meses) no se incluyen en el cómputo del plazo para notificar la resolución. Estas circunstancias deberían reflejarse en la diligencia que el órgano que dictó el acto remite al Tribunal, pero si no lo hizo, o en otros casos dudosos, el RGRVA permite al Tribunal solicitar documentación complementaria.

(10) Así, por ejemplo, Resolución del TEAC de 9 de marzo de 1994 (*JT*, 601).

(11) Véase a José Luis BURLADA ECHEVESTE: «La inexistencia de plazo para recurrir en el ámbito tributario en caso de silencio administrativo negativo: una doctrina aplicable al resto del Ordenamiento Jurídico-Público», *Forum Fiscal*, sep.-oct. 2004, pp. 27 a 67; «Silencio administrativo negativo y plazo para interponer recurso contencioso-administrativo: la nueva doctrina del Tribunal Supremo y primeras voces discordantes en el Tribunal Constitucional», *Justicia Administrativa*, núm. 35, abril 2007, pp. 5 a 42; y a José Luis e Inés María BURLADA ECHEVESTE: «La inexistencia de plazo para interponer recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo tras la Ley 4/1999, de 13 de enero», *Revista Vasca de Administración Pública*, mayo-agosto 2005, pp. 353-377.

mentada o se encuentra carente de motivación, o de si la misma se formula ante el órgano competente o ante otro órgano diferente carente de competencia⁽¹²⁾.

En cualquier caso, si se interpone el recurso de reposición, el recurrente debe esperar a su resolución expresa o a que se produzca la desestimación por silencio, sin que mientras tanto pueda interponer reclamación económico-administrativa⁽¹³⁾.

IV. PROCEDIMIENTO

El procedimiento se regula en el Capítulo II del Título III del RGRVA, diferenciando tres Secciones: la Sección 1.ª, dedicada a la iniciación (artículos 23 y 24), la Sección 2.ª, referida a la tramitación (artículos 25 y 26) y la Sección 3.ª, que contempla la resolución (artículo 27). A diferencia de la LGT, que regula la materia de la suspensión del acto impugnado de forma separada en el artículo 224, el Reglamento incluye un precepto (el artículo 25) dentro de la Sección 2.ª, referida a la tramitación, cuando se trata de una cuestión que afecta a la ejecución del acto impugnado.

1. Iniciación

El artículo 23 del RGRVA establece, en su apartado primero, que «El escrito de interposición deberá incluir las alegaciones que el interesado formule tanto sobre cuestiones de hecho como de derecho. A dicho escrito se acompañarán los documentos que sirvan de base a la pretensión que se ejercite».

El contenido del escrito de interposición se encuentra regulado en el artículo 2.1 del RGRVA, limitándose el artículo 23.1 a desarrollar algunos aspectos concretos. No es posible la interposición verbal del recurso, pues el artículo 23.1 se refiere expresamente al «escrito de interposición», sin perjuicio de que puedan utilizarse las nuevas tecnologías (por ejemplo, en la AEAT se reguló la presentación por vía telemática de los recursos de reposición a partir de la Resolución de 11 de diciembre de 2001). El artículo 23.1 exige que el escrito incluya las alegaciones y que se acompañen los documentos que se estimen

(12) GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Revisión e impugnación de actuaciones tributarias (I)*, director: GARBERÍ LLOBREGAT, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 494-495.

En este sentido, la S. TSJ de Extremadura de 17 de junio de 1996 (Ponente: D. Isaac MERINO JARA) señala que la interposición del recurso de reposición ante órgano incompetente suspende el plazo para la interposición de la reclamación económico-administrativa y la inactividad de la Administración —que pudo remitir las actuaciones al órgano competente o comunicar al interesado cuál lo era— no puede perjudicar al contribuyente que actuó de buena fe.

(13) GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Revisión...*, ob. cit., p. 495. Así, la Resolución del TEAC de 9 de marzo de 1994 (JT, 601) afirma que:

«(...) Que la exégesis de tal normativa y teniendo en cuenta que con anterioridad a la presente reclamación se interpuso recurso de reposición, sin que el mismo haya sido objeto de resolución expresa ni se haya producido tampoco la presunta en el momento de promoverse aquella reclamación, resulta obligado concluir su inadmisibilidad, con devolución del expediente a la oficina de origen».

Y la STS de 24 de febrero de 1995 señala que «una vez que se ha optado por la forma de solicitar la revisión del acto administrativo al que se opone el particular, éste queda vinculado por los plazos y procedimientos establecidos por la normativa aplicable a cada una de las figuras anteriores».

necesarios para basar la pretensión que se ejercite. Por tanto, deben formularse necesariamente las alegaciones en el escrito, a diferencia de la reclamación económico-administrativa en la que puede optarse por formular estas alegaciones en el escrito de interposición o bien realizarlas en un momento posterior una vez recibido el expediente administrativo por parte del Tribunal (artículos 235.2 y 3 y 236.1 LGT)⁽¹⁴⁾.

El Reglamento exige también que al escrito de interposición se acompañen los documentos que sirvan de base a la pretensión que se ejercita. Como sucede con las alegaciones, sólo pretende simplificar el procedimiento, evitando trámites posteriores⁽¹⁵⁾. Dado que es el escrito de interposición del recurso el acto procedimental donde el interesado deduce preclusiva e íntegramente su pretensión impugnatoria (con posterioridad, dada la premura de los plazos, no se contemplan nuevos trámites alegatorios mediante los cuales pudiera el mismo ampliar o modificar de algún modo su impugnación inicial, salvo en el caso en que el órgano competente plantee la *thesis* y, en consecuencia, le someta de oficio nuevas cuestiones que no hayan sido planteadas en el recurso —artículo 223.4 LGT—), es en este momento cuando han de aportarse ante la Administración los documentos en que el recurrente interesado funde su derecho⁽¹⁶⁾.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 23 del RGRVA dispone que, cuando se solicite la suspensión del acto impugnado en el momento de interponer el recurso de reposición, debe acompañarse al escrito el documento en que se formalice la garantía: «Cuando se solicite la suspensión del acto impugnado al tiempo de presentar el recurso, al escrito de iniciación del recurso deberá acompañarse el documento en que se formalice la garantía constituida de entre las señaladas en el artículo 224.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria»; es decir, depósito de dinero o valores públicos, aval o fianza de carácter solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución, o fianza personal y solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia para los supuestos que se establezcan en la normativa tributaria. Es decir, el interesado puede eventualmente incorporar una petición de suspensión de la ejecución del acto administrativo. Esta petición cautelar, como se ha dicho, no constituye un contenido necesario del escrito de interposición, no sólo porque el recurrente puede afrontar el pago de la obligación tributaria objeto de impugnación mientras se sustancia ésta, sino también porque en el RGRVA la no incorporación de esa petición suspensiva al escrito de interposición no impide que el recurrente pueda solicitarla más adelante⁽¹⁷⁾.

2. Puesta de manifiesto del expediente

Se regula en los tres párrafos del artículo 24 del RGRVA. Es posible que entre el inicio del cómputo del plazo para formular el recurso de reposición y su interposición efectiva exista una actuación preliminar en aquellos casos en que el recurrente considere que no puede

(14) Puede existir un trámite posterior de alegaciones —véase el artículo 26 RGRVA— cuando haya otros interesados (artículo 223.3 LGT en relación al artículo 225.3 LGT) o cuando el órgano competente entre a analizar cuestiones no planteadas por los interesados (artículo 223.4 LGT).

(15) RUIZ TOLEDANO, J. I., *El Nuevo...*, ob. cit., p. 333.

(16) GARBERÍ LLOBREGAT, J., BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Revisión...*, ob. cit., pp. 493-494.

(17) GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Revisión...*, ob. cit., p. 493.

fundamentar debidamente su pretensión por carecer de la documentación precisa para ello. Tanto la LGT (artículo 223.2), como el RGRVA (artículo 24) prevén la posibilidad de que el interesado solicite a la Administración autora del acto que pretende impugnar que se le ponga de manifiesto el expediente administrativo; de su consulta directa puede extraer el recurrente los datos fácticos y jurídicos que precise para fundamentar el escrito de interposición⁽¹⁸⁾. En concreto, según el párrafo primero, «Si el interesado desea examinar el expediente administrativo para formular sus alegaciones, deberá comparecer a tal objeto ante el órgano actuante a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo que se impugna y *antes* de que finalice el plazo de interposición del recurso»⁽¹⁹⁾.

Según el párrafo segundo del artículo 24, cuando el interesado comparece para examinar el expediente, «el órgano competente tendrá la obligación de poner de manifiesto el *contenido del expediente estrictamente relacionado* con el acto objeto de impugnación o la documentación relativa a las *actuaciones administrativas concretas* que hayan sido expresamente solicitadas y guarden relación con el acto impugnado». La redacción del precepto, como recuerda SÁNCHEZ PEDROCHE, es distinta a la que establecía el artículo 9.dos del RD 2244/1979, que dejaba a voluntad del interesado el solicitar la puesta de manifiesto de actuaciones administrativas concretas o la totalidad del expediente. A su juicio, la disposición reglamentaria contradice abiertamente el reconocimiento de derechos y garantías de los obligados tributarios, así como lo dispuesto en el artículo 99.5 LGT, pues el conocimiento de la totalidad del expediente resulta relevante para el recurrente a fin de articular adecuadamente su derecho a la defensa⁽²⁰⁾. RUIZ TOLEDANO ofrece la clave para interpretar adecuadamente esta norma: el artículo 24 del RGRVA establece la obligación de poner de manifiesto «el contenido del expediente *estrictamente relacionado* con el acto objeto de impugnación». Este expediente será el de aplicación de los tributos o de imposición de sanciones que dio origen al acto que se quiere impugnar. Tal vez subyace el intento de limitar la obligación de puesta de manifiesto respecto al expediente administrativo del acto impugnado. Por ejemplo, cuando se trate de la impugnación de un acto relacionado con un procedimiento de apremio, parece que no abarcaría el procedimiento de comprobación anterior que dio origen a la deuda apremiada⁽²¹⁾.

Por otra parte, con la puesta de manifiesto del expediente de «la *documentación* relativa a las actuaciones administrativas *concretas* que hayan sido expresamente solicitadas y guarden relación con el acto impugnado» parece que se hace referencia a las actuaciones relacionadas con un procedimiento de aplicación de los tributos, pero que conservan cierta individualidad. Así, por ejemplo, cuando existe un requerimiento de información dentro de un procedimiento de inspección, el requerido, que es una persona distinta del obligado tributario inspeccionado, puede impugnar el requerimiento, pero tendrá sólo acceso a la parte del expediente referido al requerimiento⁽²²⁾.

(18) GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Revisión...*, ob. cit., pp. 489-490.

(19) La justificación de la norma, como advierte RUIZ TOLEDANO (*El Nuevo...*, ob. cit., p. 338), es que si el escrito de interposición del recurso debe contener las alegaciones, la puesta de manifiesto del expediente debe ser también anterior a que finalice el plazo para presentar dicho escrito, salvo algunos casos excepcionales (artículo 26 RGRVA).

(20) *Revisión...*, ob. cit., p. 524.

(21) *El Nuevo...*, ob. cit., pp. 338-339.

(22) RUIZ TOLEDANO, J. I., *idem*.

Finalmente, el párrafo 3 del artículo 24 especifica que «una vez presentado el recurso no se podrá ejercer el derecho a examinar el expediente a efectos de formular alegaciones». Es decir, una vez presentado el recurso de reposición —aunque no haya expirado el plazo del mes—, no puede volver a personarse el interesado para examinar el expediente, ni tampoco existe posibilidad de examinar el expediente durante la tramitación del recurso, aunque cabe entender que esto no impide la puesta de manifiesto en los casos legalmente previstos (así, cuando el órgano competente entre a examinar cuestiones no planteadas por los interesados: artículo 223.4 LGT).

3. Suspensión del acto impugnado

El artículo 25 del RGRVA desarrolla la regulación de la suspensión de la ejecución del acto impugnado mediante el recurso de reposición que hace el artículo 224 LGT, que contempla los distintos casos de suspensión (apartados 1 y 3), enumera las garantías de la suspensión automática (apartado 2), la suspensión de parte de la deuda (apartado 4) y la liquidación de los intereses de demora (apartado 5). En la detallada regulación del artículo 25 del RGRVA cabe distinguir los casos de suspensión previstos en la LGT (apartado 1), algunos aspectos de la suspensión con garantías (apartados 2 y 3), el procedimiento (apartados 4 a 11), y la remisión a la suspensión regulada por normas específicas (apartado 12). Algunas cuestiones referidas a las garantías automáticas han sido desarrolladas por la Orden EHA/3987/2005, de 15 de diciembre, por la que se desarrolla *parcialmente* el RGRVA. Por su parte, el Apartado Tercero de la Resolución de la AEAT de 21 de diciembre de 2005 recoge los criterios de actuación en materia de suspensión de la ejecución de los actos impugnados mediante el recurso de reposición.

El apartado 1 del artículo 25 del RGRVA establece que «la mera interposición del recurso de reposición no suspenderá la ejecución del acto impugnado», señalando seguidamente los casos en que es posible la suspensión del acto recurrido:

«No obstante, a solicitud⁽²³⁾ del interesado *se suspenderá* la ejecución del acto impugnado en los siguientes supuestos:

- a) Cuando *se aporte* alguna de las garantías previstas en el artículo 224.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en los términos previstos en este artículo⁽²⁴⁾.

(23) No es una afirmación afortunada decir que la suspensión se hará a solicitud del interesado en el caso de las sanciones, pues la interposición en tiempo y forma de un recurso o reclamación en vía administrativa supone su suspensión automática, sin necesidad de que el interesado la solicite. Participa de la misma opinión GARRIDO MORA (*Comentarios...*, ob. cit., p. 1566): «resulta absolutamente contradictorio con la suspensión automática que aquí se contempla el hecho de que el Reglamento, inmediatamente antes de afirmar lo anterior, aluda a la necesidad de que ello se produzca a “solicitud del interesado”, expresión ésta que pudiera reputarse incurso en vicio de ilegalidad, pues no resulta coherente —al margen de ir en contra de lo previsto legalmente— que una “suspensión automática” que, por tanto, ha de apreciarse por el órgano administrativo, se haga depender de que la solicite el interesado pues ello supondría privar de la eficacia automática de la suspensión legalmente establecida».

(24) El artículo 224.2 LGT sólo admite como garantías para obtener la suspensión automática en el recurso de reposición las que tradicionalmente se preveían para la suspensión automática de los actos de contenido económico, y que son:

EL RECURSO DE REPOSICIÓN EN EL REGLAMENTO GENERAL DE REVISIÓN

- b) Sin necesidad de aportar garantía, cuando se aprecie que al dictarlo se ha podido incurrir en error aritmético, material o de hecho⁽²⁵⁾.
- c) Tratándose de sanciones que hayan sido objeto de recurso de reposición, su ejecución quedará automáticamente suspendida en período voluntario sin necesidad de aportar garantías hasta que sean firmes en vía administrativa»⁽²⁶⁾.

a) Depósito de dinero o valores públicos.

b) Aval o fianza de carácter solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución. El certificado de seguro de caución no se encontraba recogido en la normativa anterior, pero la STS de 14 de diciembre de 1998 (RA, 10208) ya señaló que esta garantía debía ser admitida en iguales condiciones que las fianzas o avales solidarios siempre que la garantía se constituyera en los términos establecidos en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que reguló el contrato de seguro de caución como forma de garantía ante las Administraciones Públicas en todos los supuestos que la legislación vigente exija o permita a las entidades de crédito o a los establecimientos financieros de crédito constituir garantías ante las Administraciones Públicas.

c) Fianza personal y solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia para los supuestos que se establezcan en la normativa tributaria. La Orden EHA/3987/2005, de 15 de diciembre, establece las condiciones, entre ellas, que el importe de la deuda tributaria no pueda exceder de 1.500 euros.

(25) Hay que llamar la atención sobre la dicción literal del artículo 25.1.b) del RGRVA, pues contempla la suspensión a solicitud del interesado no como una posibilidad, sino como un mandato cuando se aprecie el error aritmético, material o de hecho (CALVO VERGEZ: *Manual de Revisión de Actos en Materia Tributaria (Libro Conmemorativo del 125 aniversario de la creación del Cuerpo de Abogados del Estado)* —VV. AA.—, Ministerio de Justicia y Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 432).

(26) La STS de 18 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 430) señaló que «hasta la resolución del oportuno recurso jurisdiccional, en el supuesto de que fuera desestimado, no podría decirse que la sanción había quedado firme en vía administrativa». Es decir, en un primer momento el TS se pronunció en favor de la inexecutividad de las sanciones tributarias. Sin embargo, la STS de 7 de marzo de 2005 (RA, 3861), dictada por el Pleno y confirmada por la de 14 de abril de 2005 (RA, 5297), se ha decantado por la ejecutividad de la sanción con suspensión automática. En la primera Sentencia se dice que «No se está, pues, ante un supuesto de inicial inexecutividad de la sanción tributaria (como ha venido aceptándose en varias sentencias de la Sección Segunda de esta Sala Tercera, hasta la de fecha 5 de octubre de 2004), que determina que, mientras que el órgano jurisdiccional, en la Sentencia del recurso Contencioso-Administrativo, o en otra resolución que lo ultime, no decida sobre la virtualidad o no de la infracción imputada y de la sanción impuesta, no será factible, sin necesidad de caución, la ejecución de la misma, sino ante un caso, por imperativo legal, de suspensión de la ejecutividad (propia, ésta última, inicialmente, de todo acto administrativo) de la sanción, hasta un determinado momento procesal o procedimental, como es, no el de la sentencia o resolución semejante de la Sala jurisdiccional, sino el del auto o resolución que la misma adopte, en base a su innata potestad cautelar, y de acuerdo con los criterios previstos en los artículos 122 y ss. de la LJCA/1956 o en los actualmente vigentes en la LJCA/1998, en la pieza separada de suspensión del recurso Contencioso-Administrativo».

Como apunta SÁNCHEZ PEDROCHE (*Revisión...*, ob. cit., p. 548), a pesar de que el órgano judicial pueda acordar la suspensión de la ejecución de la sanción durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo, ello no impide la exigencia del interés de demora devengado desde la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa [artículo 212.3.b) LGT]. EL TEAC, cambiando su primera interpretación sobre la norma, se ha pronunciado en el mismo sentido en la Resolución de 13 de mayo de 2009:

«Se sostenía en las citadas Resoluciones que en tales casos los intereses de demora, cuando se haya solicitado la suspensión en vía contenciosa, empezarían a computarse a partir de la fecha del Auto judicial de suspensión. Tal conclusión se resumía en el Fundamento Jurídico Octavo de la Resolución dictada con fecha 11 de octubre de 2006 (...): “Por tanto, no procederá la exigencia de intereses de demora hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa. A estos efectos, como momento inicial del cómputo habría que tener en cuenta el Auto dictado por el órgano jurisdiccional acordando la suspensión de la ejecución del acto sancionador impugnado”. La nueva interpretación que ahora se sostiene consiste en afirmar que los citados intereses de las sanciones serán exigibles a partir del fin del plazo de pago en período voluntario abierto con la notificación de la Resolución desestimatoria que

Como destaca VEGA BORREGO, la normativa actual mantiene las diferencias que, respecto a la reclamación económico-administrativa, existían en materia de suspensión. La diferencia principal radica en que en el recurso de reposición sólo es posible la suspensión a través de las garantías que, en el ámbito de las reclamaciones económico-administrativas, producen la suspensión automática (artículo 233.2 LGT). No es posible la suspensión mediante garantías alternativas (artículo 233.3 LGT) o bien con dispensa total o parcial de garantías (artículo 233.4 LGT). No obstante, a diferencia de la legislación anterior, sí es posible la suspensión en vía de reposición, sin necesidad de aportar garantía, cuando se aprecia que, al dictar el acto recurrido, se ha podido incurrir en error aritmético, material o de hecho (artículo 233.5 LGT)⁽²⁷⁾. En este sentido, expone CHECA GONZÁLEZ que se ha clarificado lo antes dispuesto por el artículo 11.2 del RD 2244/1979, que recogía, a estos efectos, una remisión al Reglamento de Procedimiento de las Reclamaciones Económico-Administrativas de 1981 (no al de 1996). Ello hizo surgir la duda de si en el recurso de reposición sólo cabía la suspensión automática, o también cualquier otra de las contempladas en el reglamento procedimental de 1996. La Resolución del TEAC de 24 de octubre de 1998 (JT, 1777) señaló que esa remisión normativa conllevaba que sólo cabía la suspensión automática, no siendo aplicables en el recurso de reposición previo al económico-administrativo los supuestos de suspensión sin garantías, o con garantías diversas, previstos en el artículo 76 del Reglamento procedimental de 1996, ya que mantener lo contrario supondría otorgar a los órganos de gestión competencias para resolver sobre la suspensión carentes de respaldo legal⁽²⁸⁾. Ésta es la tesis que se ha consolidado en el artículo 224, por lo que sólo es posible la suspensión automática, esto es, la que se obtiene previa prestación de las garantías que se especifican en el apartado 2 del artículo 224 LGT⁽²⁹⁾.

agota la vía administrativa, con independencia de que haya habido o no suspensión en la vía judicial. (...) Es aquí donde se encuentra la discrepancia con la interpretación anterior: la fecha del Auto judicial de suspensión sólo tiene relevancia para determinar el momento hasta el que se mantiene la suspensión acordada en vía administrativa, pero no tiene incidencia respecto al inicio del cómputo de los intereses de demora girados sobre las sanciones (...) En definitiva, descartada la fecha del Auto judicial de suspensión a los efectos de la determinación del cómputo inicial de los intereses de demora por las razones expuestas, (...) la fecha a partir de la cual empezarán a computarse los mencionados intereses de las sanciones, en las Resoluciones desestimatorias, será la fecha en que termine el plazo voluntario de pago abierto por la notificación de la Resolución que ponga fin a la vía administrativa».

(27) *La Suspensión de los Actos Tributarios en Vía de Recurso*, CEF, 2006, pp. 120-121.

(28) «la cuestión que se plantea en el presente recurso es el alcance que tiene la remisión efectuada por el artículo 11 del RD 2244/1979... es decir, si dicha remisión comprende exclusivamente la suspensión automática regulada en el artículo 75 del nuevo Reglamento, o si bien abarca asimismo los nuevos supuestos de suspensión y, concretamente la regulación contenida en el artículo 76 (...) ello supondría otorgar a los órganos de gestión competentes para la resolución del recurso de reposición, competencia para resolver sobre dicha suspensión, competencia que carece de respaldo legal ya que no se encuentra contemplada en el Reglamento de Procedimiento, el cual regula la suspensión del artículo 76 únicamente en el marco de las reclamaciones económico-administrativas».

La R. TEAC de 5 de marzo de 2002, dictada en recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, confirmó que la suspensión automática de los actos de contenido económico en el recurso de reposición sólo procedía mediante la previa aportación de cualquiera de las garantías señaladas en el artículo 75 del RPREA, sin que pudiesen aplicarse las normas en materia de suspensión del artículo 76.

(29) *Revisión...*, ob. cit., p. 29. Obviamente, quedan al margen los casos de impugnación de sanciones o la existencia de errores materiales, aritméticos o de hecho, para los que la Ley prevé la suspensión sin necesidad de aportar garantía.

EL RECURSO DE REPOSICIÓN EN EL REGLAMENTO GENERAL DE REVISIÓN

El artículo 224 LGT, en su apartado 1, se refiere a la suspensión automática de la ejecución del acto, siempre que se garanticen el importe del acto, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que pudieran proceder en el momento de la solicitud de la suspensión⁽³⁰⁾, en los términos que reglamentariamente se establezcan (es decir, según lo dispuesto en el artículo 25 del RGRVA)⁽³¹⁾. El primer concepto que debe cubrir la garantía aportada es el importe del acto impugnado, siendo posible que éste, además de la cuota, contemple otros componentes que conforman el concepto de deuda tributaria. Todos ellos deben ser garantizados, incluso si se trata de intereses de demora o de recargos, pues la norma no distingue ni excluye ningún concepto del acto impugnado⁽³²⁾. Otro concepto al que hacen referencia tanto la Ley como el Reglamento son los «recargos que pudieran proceder en el momento de la solicitud de suspensión». Constituye una novedad respecto a la normativa anterior en la que sólo se obligaba a garantizar el importe de la deuda impugnada más el interés de demora que generase la suspensión. Aunque no se aclara qué recargos (en plural) son a los que se hace referencia, la normativa se refiere a los recargos del período ejecutivo regulados en el artículo 28 LGT (recargo ejecutivo, recargo de apremio reducido y recargo de apremio ordinario)⁽³³⁾. La clave del precepto se encuentra en su parte final, que es la que explicaría la referencia específica a los recargos (que es un componente de la deuda tributaria: artículo 58.2.c) LGT): los recargos a garantizar son los procedentes en el momento en el que se solicitó la suspensión. Con esta redacción, como expone PÉREZ TORRES⁽³⁴⁾, queda claro que no se incluye en el importe a garantizar el recargo de apremio si la deuda se encuentra en período voluntario de ingreso, aun cuando, si es necesario ejecutar la garantía, esto se realice en el seno del procedimiento de apremio. Además, la expresión «recargos que *pudieran* proceder en el momento de la solicitud de suspensión», incluye no sólo los liquidados en esa fecha, sino también los devengados y pendientes de liquidación⁽³⁵⁾. El tercer concepto objeto de garantía son «los intereses de demora que genere la suspensión». El artículo 26 LGT regula el interés de demora, que

(30) El artículo 25.3.1º RGRVA reitera que deben garantizarse el importe del acto impugnado, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que pudieran proceder en el momento de la solicitud de la suspensión. El apartado Tercero (punto 3.1) de la Resolución de 21 de diciembre de 2005 se refiere al «importe correspondiente a la deuda cuya suspensión se solicita, los recargos que se hubieren devengado en la fecha de la solicitud, y los intereses que se devenguen durante la tramitación del procedimiento revisor».

(31) Según el apartado 2 del artículo 25 del RGRVA —igualmente el artículo 43.1, para las reclamaciones económico-administrativas—, «la solicitud de suspensión con aportación de las garantías que señala el artículo 224.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, suspenderá el procedimiento de recaudación relativo al acto impugnado».

(32) VEGA BORREGO, F. A., *La Suspensión...*, ob. cit., p. 51.

(33) VEGA BORREGO, F. A., *La Suspensión...*, ob. cit., p. 54. El apartado Tercero (punto 3.2) de la Resolución de 21 de diciembre de 2005 aclara que «Los importes que, en concepto de recargo del período ejecutivo, deberá cubrir la garantía que se aporte serán los siguientes: a) El 5% de la deuda cuya suspensión se solicita, cuando la solicitud se presente una vez finalizado el período voluntario de pago sin que se hubiere notificado la providencia de apremio respecto a dicha deuda; b) El 10% de la deuda cuya suspensión se solicita, cuando la solicitud se presente dentro del plazo de ingreso iniciado con la notificación de la providencia de apremio; c) El 20% de la deuda cuya suspensión se solicita, cuando la solicitud se presente una vez transcurrido el plazo de ingreso iniciado con la notificación de la providencia de apremio».

(34) En referencia al artículo 41.1 del RGRVA, con el mismo contenido que el artículo 25.3 del RGRVA.

(35) *Comentarios a la Ley General Tributaria. II*, (VV. AA.; coordinador: HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 1641.

es un elemento de la deuda tributaria (artículo 58.2.a) LGT). El artículo 26.2.c) establece que el interés de demora se exigirá cuando *se suspenda* la ejecución del acto, «salvo en el supuesto de recursos y reclamaciones contra sanciones durante el tiempo que transcurra hasta la finalización del plazo de pago en período voluntario abierto por la notificación de la resolución que ponga fin a la vía administrativa».

El artículo 25.3 (párrafo segundo) del RGRVA concreta el período de tiempo al que debe de limitarse la garantía correspondiente a los intereses de demora, distinguiendo los siguientes casos, siempre que la garantía consista en depósito de dinero o valores públicos⁽³⁶⁾:

- 1) Los intereses de demora serán los correspondientes a un mes si cubre sólo el recurso de reposición.
- 2) Si la garantía extendiese sus efectos a la vía económico-administrativa, deberá cubrir, además, el plazo de seis meses si el procedimiento de la reclamación es el abreviado, de un año si el procedimiento de la reclamación es el general y de dos años si la resolución es susceptible de recurso de alzada ordinario⁽³⁷⁾.

Como señala CHECA GONZÁLEZ⁽³⁸⁾, la garantía ofrecida puede tener la vigencia que el recurrente solicite, por lo que, como recuerda el artículo 25.2 del RGRVA, caben tres posibilidades:

- 1) Que la garantía limite sus efectos al propio recurso de reposición.
- 2) Que la garantía extienda su eficacia a la vía económico-administrativa posterior, supuesto en el que la citada garantía mantendrá sus efectos en el procedimiento económico-administrativo en todas sus instancias.
- 3) Que el interesado solicite la suspensión con extensión de sus efectos a la vía contencioso-administrativa, en concreto, hasta la adopción de la decisión que proceda por el órgano judicial; es decir, sin perjuicio de la decisión que se adopte en la pieza de medidas cautelares⁽³⁹⁾.

(36) Cuando las garantías consistan en aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución, así como fianza personal y solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia —expone RUIZ TOLEDANO (*El Nuevo...*, ob. cit., p. 363)—, los documentos en que se formalizan las garantías incorporan una cláusula general referida a todos los intereses que se devenguen durante la suspensión, por lo que no es necesario un cálculo previo de los mismos.

(37) Hay que recordar que, según el artículo 26.4 LGT, «no se exigirán intereses de demora desde el momento en que la Administración tributaria incumpla los *plazos máximos para notificar...* la resolución de los recursos administrativos, siempre que, en este último caso, se haya acordado la suspensión del acto recurrido».

(38) *Revisión en vía...*, ob. cit., p. 30.

(39) La redacción del párrafo 4.º del artículo 25.2 del RGRVA dice que: «Asimismo, si el interesado lo considera conveniente, y sin perjuicio de la decisión que adopte el órgano judicial en la pieza de medidas cautelares, la suspensión *podrá solicitarse* con extensión de sus efectos a la vía contencioso-administrativa». Con mayor propiedad, el artículo 233.8 LGT dispone que «*Se mantendrá* la suspensión producida en vía administrativa cuando el interesado comunique a la Administración tributaria en el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo que ha interpuesto dicho recurso y ha solicitado la suspensión en el mismo. Dicha suspensión *continuará, siempre que* la garantía que se hubiese aportado en vía administrativa conserve su vigencia y eficacia, *hasta que* el órgano judicial adopte la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada».

EL RECURSO DE REPOSICIÓN EN EL REGLAMENTO GENERAL DE REVISIÓN

La solicitud de suspensión se debe presentar *ante el órgano que dictó* el acto, que será competente para tramitarla y resolverla (artículo 25.4 RGRVA). El apartado Tercero (punto 1.1) de la Resolución de 21 de diciembre de 2005 también dispone que «La solicitud de suspensión se *dirigirá* al órgano que dictó el acto impugnado, y podrá presentarse *en cualquier momento* mientras dure la sustanciación del procedimiento». La redacción es más correcta que la que utiliza el Reglamento, pues la solicitud no se debe presentar necesariamente *ante* el órgano, sino que debe *dirigirse* al órgano, utilizando las vías que ofrece el artículo 38.4 LRJPAC.

Según el apartado 5 (párrafo primero) del artículo 25 del RGRVA, la *solicitud* de suspensión debe ser necesariamente acompañada del *documento en que se formalice la garantía aportada*, constituida a disposición del órgano competente a que se refiere el apartado 4. Cuando la solicitud no se acompañe de la garantía a que se refiere el artículo 224.2 LGT, aquélla no surtirá efectos suspensivos y se tendrá por no presentada a todos los efectos. La solicitud se archivará, lo que se notificará al interesado. El problema que plantea la redacción del precepto es si es posible la subsanación de la falta del documento en que se formalice la garantía. De la redacción literal del RGRVA y del Apartado 3 de la Resolución de 21 de diciembre de 2005 se desprende que no, pues la subsanación se produce cuando el documento presente defectos pero no cuando no existe el documento, y así lo entiende la generalidad de la doctrina, pero por nuestra parte consideramos razonable aplicar el régimen general de subsanación previsto en el artículo 71 LRJPAC. El artículo 25.5 del RGRVA añade en su párrafo segundo que «Si, posteriormente, la resolución que recayese en el recurso de reposición fuese objeto de reclamación económico-administrativa y la suspensión hubiese extendido sus efectos a dicha vía, el documento en que se formalice la garantía deberá ser puesto a disposición del órgano competente para la recaudación del acto objeto de reclamación por parte del órgano que dictó el acto». Finalmente, el párrafo tercero del artículo 25.5 del RGRVA determina que «el documento en que se formalice la garantía deberá incorporar las firmas de los otorgantes legitimadas por un fedatario público, por comparecencia ante la Administración autora del acto o generadas mediante un mecanismo de autenticación electrónica. Dicho documento podrá ser sustituido por su imagen electrónica con su misma validez y eficacia, siempre que el proceso de digitalización garantice su autenticidad e integridad».

El apartado 6 del artículo 25 del RGRVA establece que «Si la solicitud acredita la existencia del recurso de reposición y adjunta garantía bastante, *la suspensión se entenderá acordada a partir de la fecha de la solicitud* y dicha circunstancia deberá notificarse al interesado».

El párrafo primero del apartado 7 del artículo 25 del RGRVA prevé que «Cuando sea necesaria *la subsanación de defectos* ⁽⁴⁰⁾ del documento en que se formalice la garan-

Con carácter general, hay que recordar que el TC, a partir de la Sentencia 78/1996, de 20 de mayo, ha establecido que, mientras el órgano jurisdiccional decide si adopta o no medidas cautelares, la Administración debe abstenerse de ejecutar el acto, ya que si procede a su ejecución, se estaría convirtiendo en Juez. Sobre esta cuestión, véase a José Luis BURLADA ECHEVESTE: *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la Administración*, IVAP, Oñati, 2004, pp. 120 y ss.

(40) El Apartado Tercero (punto 2.6) de la Resolución de 21 de diciembre de 2005 aclara cuáles son los defectos de la solicitud que impiden la concesión de la suspensión: a) Cuando la garantía aportada no cumpla las

tía de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 y aquellos hayan sido subsanados, el órgano competente acordará la suspensión *con efectos desde la solicitud*. El acuerdo de suspensión deberá ser notificado al interesado». El párrafo segundo del mismo precepto especifica que «Cuando el requerimiento de subsanación haya sido objeto de contestación en plazo por el interesado pero no se entiendan subsanados los defectos observados, procederá la denegación de la suspensión». Por tanto, si la garantía no es bastante, debe concederse al interesado un plazo de diez días para que subsane los defectos advertidos. Caben dos posibilidades de no subsanación: a) El interesado atiende el requerimiento en plazo, pero no subsana de forma debida el defecto. En estos casos —dice PÉREZ TORRES, refiriéndose a idéntica norma para las reclamaciones económico-administrativas—, procede denegar la suspensión, pero la deuda ha estado suspendida desde el momento de la solicitud, alzándose ésta con la notificación del acuerdo de denegación. La norma premia la seriedad procedimental de quien ha intentado corregir los defectos de la garantía, entendiéndose suspendida la deuda durante el tiempo invertido en la tramitación⁽⁴¹⁾; b) El interesado no atiende el requerimiento de subsanación. El RGRVA no se pronuncia expresamente sobre este supuesto. La respuesta nos la da el artículo 2.2 del Reglamento: cuando un requerimiento de subsanación no es atendido, en cualquier procedimiento de revisión de actos tributarios, se procede al archivo de las actuaciones, teniéndose por no presentada la solicitud o el escrito. Por tanto, en estos casos se entiende que nunca se solicitó la suspensión, es decir, no llegó a desplegar ningún efecto suspensivo. En tanto transcurren los plazos para sustanciar la suspensión, la acción ejecutiva de la Administración está meramente paralizada, no suspendida, de forma que con el archivo de actuaciones se entienden transcurridos los plazos de ingreso —en voluntaria o ejecutiva, según el estado en que se encontrara la deuda al tiempo de la solicitud—, sin interrupción, desde la fecha de notificación del acto del que se pidió la suspensión. La norma castiga el comportamiento poco diligente del contribuyente en el procedimiento de suspensión⁽⁴²⁾.

El apartado 8 del artículo 25 del RGRVA aclara que «*Cuando se solicite la suspensión en un momento posterior a la interposición del recurso*, los efectos suspensivos se producirán, de concurrir los requisitos expuestos en los apartados anteriores, a partir del momento de presentación de la solicitud». Se trata de una simple manifestación de la posibilidad que hay ahora de que la solicitud de suspensión pueda producirse en cualquier momento (no sólo en el escrito de interposición) durante la tramitación del recurso⁽⁴³⁾.

condiciones de suficiencia económica (Apartado Tercero, punto 3); y b) Cuando la garantía aportada no cumpla las condiciones de suficiencia jurídica (Apartado Tercero, punto 4).

Se exige que el acuerdo que se adopte haga constar el motivo de la denegación con indicación del requisito que ha impedido la concesión.

(41) *Comentarios...*, ob. cit., p. 1651.

(42) PÉREZ TORRES, E., *idem*. Obviamente, cabe una tercera posibilidad: que el interesado atienda el requerimiento y subsane los defectos de que adolezca la garantía; en este caso, debe dictarse acuerdo expreso, concediendo la suspensión desde la fecha de la solicitud.

(43) El Apartado Tercero (punto 1.1) de la Resolución de 21 de diciembre de 2005 también especifica que la solicitud de suspensión se puede presentar en cualquier momento mientras dure la sustanciación del procedimiento, «si bien cuando no se solicite en el momento de la interposición del recurso, sólo podrá afectar a las actuaciones del procedimiento de recaudación que se produzcan con posterioridad a la fecha de su presentación».

El apartado 9 del artículo 25 del RGRVA dispone que «*Cuando en los supuestos de estimación parcial de un recurso deba dictarse una nueva liquidación, la garantía aportada quedará afectada al pago de la nueva cuota o cantidad resultante y de los intereses de demora calculados de acuerdo con el artículo 26.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria*»⁽⁴⁴⁾.

El apartado 10 del artículo 25 del RGRVA se refiere a los *efectos de la denegación de la suspensión*, distinguiendo dos supuestos en función de si la deuda se hallaba en período voluntario o en período ejecutivo en el momento en que se hizo la solicitud de suspensión. Según el párrafo primero del artículo 25.10, «*Si en el momento de solicitarse la suspensión la deuda se encontrara en período voluntario de ingreso, con la notificación de su denegación se iniciará el plazo previsto en el artículo 62.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, para que dicho ingreso sea realizado*»⁽⁴⁵⁾. El párrafo segundo del mismo precepto precisa que «*De realizarse el ingreso en dicho plazo, procederá la liquidación de los intereses de demora devengados a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo de ingreso en período voluntario hasta la fecha del ingreso realizado durante el plazo abierto con la notificación de la denegación. De no realizarse el ingreso, los intereses se liquidarán hasta la fecha de vencimiento de dicho plazo, sin perjuicio de los que puedan devengarse con posterioridad conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre*». El párrafo tercero del artículo 25.10 dispone que «*Si en el momento de solicitarse la suspensión la deuda se encontrara en período ejecutivo, la notificación del acuerdo de denegación implicará que deba iniciarse el procedimiento de apremio en los términos previstos en el artículo 167.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, de no haberse iniciado con anterioridad a dicha notificación*».

De acuerdo con el artículo 25.11 del RGRVA, «*Las resoluciones denegatorias de la suspensión serán susceptibles de reclamación económico-administrativa ante el tribunal al que correspondería resolver la impugnación del acto cuya suspensión se solicita*». La reclamación debe formularse ante el propio órgano administrativo que dictó el acto para que la remita al Tribunal Económico-Administrativo junto con el expediente⁽⁴⁶⁾.

El apartado 12 del artículo 25 del RGRVA aclara que «*Los casos de suspensión regulados en una norma específica se regirán por lo establecido en ella*». Además de la suspensión en el recurso de reposición en el ámbito local [artículo 14.2.i) TRLRHL], téngase presente la inexigibilidad de garantías para el Estado, sus organismos autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales (artículo 12 Ley 52/1997,

(44) Véase la STS de 28 de noviembre de 1997 (RA, —año 1998— 771).

(45) Como dice RUIZ TOLEDANO (*El Nuevo...*, ob. cit., p. 374) la norma establece de forma expresa que no es necesario notificar los plazos de ingreso en período voluntario de forma separada, ni tampoco que dichos plazos de ingreso se incluyan en la notificación de la resolución que deniegue la suspensión. La simple notificación de la denegación implica que se inicien esos plazos de ingreso. Sin embargo, el Apartado Tercero (punto 2.7) de la Resolución de 21 de diciembre de 2005 obliga a informar en la notificación del acuerdo de denegación que se iniciará el plazo de ingreso de la deuda suspendida de acuerdo con el artículo 62.2 LGT.

(46) SÁNCHEZ PEDROCHE, A., *Revisión...*, ob. cit., p. 564; RUIZ TOLEDANO, J. I., *El Nuevo...*, ob. cit., p. 376.

de 27 de noviembre), CCAA y entidades públicas dependientes de ellas (disposición adicional cuarta de la Ley 52/1997) y Entidades Locales (artículo 173.2 RD Legislativo 2/2004). Se rige también por su normativa específica (artículo 135 LGT) la suspensión en caso de tasación pericial contradictoria.

4. Interesados en el procedimiento

El artículo 26 del RGRVA se refiere a los casos en que se concede a los interesados un plazo de 10 días para que formulen alegaciones durante la tramitación del procedimiento. El precepto contempla dos casos de notificación a los interesados durante la tramitación del procedimiento, que son la notificación para alegaciones de otros interesados (apartado 1) y la notificación a los interesados personados en el procedimiento cuando el órgano competente estime pertinente examinar cuestiones no planteadas por los interesados (apartado 2). Así, cuando de la simple lectura del acto impugnado se desprenda la existencia de *sujetos distintos del recurrente* en reposición, cuyos derechos e intereses legítimos puedan quedar afectados de algún modo como consecuencia de la resolución del recurso, entonces, el derecho de defensa y la correlativa prohibición de indefensión imponen la necesidad de que, antes de resolver, deba prestarse a aquellos un trámite de audiencia, a fin de que puedan alegar y aportar todo lo que consideren oportuno en defensa de sus derechos e intereses ⁽⁴⁷⁾. Por eso, el apartado 1 del artículo 26 del RGRVA establece que, «Si durante la tramitación del procedimiento se advierte la existencia de otros titulares de derechos o intereses legítimos que no hayan comparecido en aquél, se les notificará la existencia del recurso para que formulen alegaciones en el plazo de 10 días contados a partir del día siguiente al de la notificación». De este modo, cumplimentada la audiencia y salvaguardado el derecho de defensa de los sujetos implicados, la resolución que se dicte en la reposición «tendrá plena eficacia respecto de los interesados» (artículo 239.5 LGT, al que se remite el artículo 232 LGT). Por otra parte, el apartado 4 del artículo 223 LGT regula el trámite de alegaciones que debe concederse a los interesados siempre que el órgano competente para resolver el recurso estime pertinente examinar y resolver cuestiones no planteadas por los mismos. Desarrollando esta previsión, el apartado 2 del artículo 26 del RGRVA dispone que «Si el órgano competente estima pertinente examinar y resolver cuestiones no planteadas por los interesados, las expondrá a los que estuvieren personados en el procedimiento y les concederá un plazo de 10 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la apertura de dicho plazo, para que formulen alegaciones» ⁽⁴⁸⁾. Si no se sometieron a audiencia de los interesados las nuevas cuestiones suscitadas de oficio por la Administración, el pronunciamiento habrá de reputarse nulo de pleno derecho ⁽⁴⁹⁾.

(47) GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Revisión...*, ob. cit., pp. 498-499.

(48) Hay que destacar que el artículo 225.3 LGT no excluye expresamente este período concedido para hacer alegaciones a efectos del cómputo del plazo del mes para notificar la resolución del recurso de reposición. No obstante, por la brevedad de este plazo, parece razonable defender con GARRIDO MORA (*Comentarios...*, ob. cit., p. 1562) que la consecuencia debería ser la misma que la prevista para el período de alegaciones en caso de presencia de titulares de derechos afectados.

(49) GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Revisión...*, ob. cit., p. 501.

5. Notificación de la resolución

El artículo 27 del RGRVA establece que «La resolución *expresa* que se dicte deberá ser notificada al recurrente y a los demás interesados, si los hubiera». A diferencia del RD 2244/1979, el RGRVA no regula algunos aspectos concretos relativos a la resolución, como la competencia para resolver (artículo 3), la extensión de la revisión (artículo 13), la resolución del recurso (artículo 15), la forma y contenido de la resolución (artículo 16) y la improcedencia de un nuevo recurso (artículo 18). Esto se debe a que estas cuestiones se regulan ahora en la LGT. La LGT (artículo 225.3) fija el plazo máximo para *notificar* la resolución del recurso de reposición en un mes, contado desde el día siguiente al de la presentación del recurso, ampliando el exiguo plazo de 8 días para *resolver* que se establecía en el artículo 15 del RD 2244/1979. Así, pues, si en la normativa anterior existía un plazo para resolver (8 días) y otro para notificar (10 días desde que se produjo la resolución: artículo 17), ahora hay un plazo único (un mes) para resolver y notificar. La resolución debe notificarse al recurrente, y «a los demás interesados, si los hubiera».

BIBLIOGRAFÍA

- BURLADA ECHEVESTE, J. L., *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la Administración*, ed. IVAP, Oñati, 2004.
- «La inexistencia de plazo para recurrir en el ámbito tributario en caso de silencio administrativo negativo: una doctrina aplicable al resto del Ordenamiento Jurídico-Público», *Forum Fiscal*, sep.-oct. 2004.
- «Silencio administrativo negativo y plazo para interponer recurso contencioso-administrativo: la nueva doctrina del Tribunal Supremo y primeras voces discordantes en el Tribunal Constitucional», *Justicia Administrativa*, núm. 35, abril 2007.
- BURLADA ECHEVESTE, J. L., e I. M., «La inexistencia de plazo para interponer recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo tras la Ley 4/1999, de 13 de enero», *Revista Vasca de Administración Pública*, mayo-agosto 2005.
- CALVO VERGEZ, L., *Manual de Revisión de Actos en Materia Tributaria (Libro Conmemorativo del 125 aniversario de la creación del Cuerpo de Abogados del Estado)* —VV. AA.—, ed. Ministerio de Justicia y Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- CHECA GONZÁLEZ, C., *Revisión en Vía Administrativa: Recurso de Reposición y Reclamaciones Económico-Administrativas*, ed. Thomson-Aranzadi, 2005.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., y BUITRÓN RAMÍREZ, G., *Revisión e impugnación de actuaciones tributarias (1)* —director: GARBERÍ LLOBREGAT—, ed. Bosch, Barcelona, 2006.
- GARRIDO MORA, M., *Comentarios a la Ley General Tributaria II*, (VV.AA.; coordinador: HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS), ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- PÉREZ TORRES, E., *Comentarios a la Ley General Tributaria II*, (VV. AA.; coordinador: HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS), ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- RUIZ TOLEDANO, J. I., *El Nuevo Régimen de Revisión Tributaria Comentado*, ed. La Ley, Madrid, 2006.
- SÁNCHEZ PEDROCHE, A., *Revisión Administrativa en Vía Tributaria*, ed. CEF, 2006.
- VEGA BORREGO, F. A., *La Suspensión de los Actos Tributarios en Vía de Recurso*, ed. CEF, 2006.

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) **Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual.**
 - C) **Responsabilidad del Estado miembro.**
 - 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.**
 - D) **Libre circulación de capitales.**
-

1. INTRODUCCIÓN

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

2. PRINCIPIOS GENERALES

Cabe destacar la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 31 de enero de 2013, asunto C-643/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial, planteada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 267 TFUE por el Administrativen sad Varna (Bulgaria),

sobre la interpretación de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

Mediante la segunda parte de la tercera cuestión y las cuestiones cuarta a sexta, el órgano jurisdiccional remitente preguntó al TJUE, en esencia, si el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que los artículos 167 y 168, letra a), de la Directiva 2006/112, así como los principios de neutralidad fiscal, seguridad jurídica e igualdad de trato, se oponen a que se deniegue al destinatario de una factura el derecho a deducir el IVA soportado aun cuando, en la liquidación del impuesto corregida remitida al expedidor de esa factura, el IVA declarado por este último no haya sido rectificado.

Por lo tanto, se plantea la cuestión de si el Derecho de la Unión exige que la existencia efectiva de la entrega de un bien o de la prestación de un servicio sea apreciada de manera idéntica en relación tanto con el expedidor de la factura como con el destinatario de dicha factura.

En lo que respecta al tratamiento del IVA indebidamente facturado al no existir una operación sujeta al impuesto, se desprende de la Directiva 2006/112 que no se trata necesariamente de forma idéntica a los dos operadores implicados, siempre que el expedidor de la factura no la haya corregido, como se desprende de lo expuesto en los apartados 33 a 37 de la sentencia comentada.

En efecto, para el TJUE, por una parte, el expedidor de una factura adeuda el IVA mencionado en esa factura aun cuando no exista una operación sujeta al impuesto, de conformidad con el artículo 203 de la Directiva 2006/112. Por otra parte, el ejercicio del derecho a la deducción por parte del destinatario de una factura se limita únicamente a los impuestos que corresponden a una operación sujeta al IVA, de conformidad con lo establecido en los artículos 63 y 167 de la Directiva.

En tal situación, el respeto del principio de neutralidad fiscal está garantizado por la posibilidad, que deben contemplar los Estados miembros y se recuerda en el apartado 37 de la sentencia, de corregir cualquier impuesto indebidamente facturado, siempre que el expedidor de la factura demuestre su buena fe o haya eliminado completamente, en su debido momento, el riesgo de pérdida de ingresos tributarios.

Según el TJUE, los artículos 167 y 168, letra a), de la Directiva 2006/112, así como el principio de neutralidad fiscal, no se oponen a que se deniegue al destinatario de una factura el derecho a deducir el IVA soportado por no existir una operación sujeta al impuesto, aun cuando, en la liquidación del impuesto corregida remitida al expedidor de la factura, el IVA declarado por este último no haya sido rectificado.

En cuanto al principio de seguridad jurídica, recuerda el Tribunal que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión y que exige que las normas jurídicas sean claras, precisas y de efectos previsibles, a fin de que los interesados puedan orientarse en las situaciones y relaciones jurídicas reguladas por el ordenamiento jurídico de la Unión (véase la sentencia de 8 de diciembre de 2011, *France Telecom/Comisión*, C-81/10 P, Rec. p. I-0000, apartado 100 y jurisprudencia citada).

Respecto a las normas tributarias aplicables en circunstancias como las del asunto principal, sin embargo, no existe indicio alguno que permita presumir que el interesado no estaba en condiciones de orientarse eficazmente por cuanto se refiere a la aplicación de dichas normas.

Por lo tanto, tampoco el principio de seguridad jurídica se opone, a entender del Tribunal, a la discutida denegación de deducción del IVA soportado en circunstancias como las enunciadas en el apartado 50 de la sentencia.

Así sucede también con el principio de igualdad de trato.

Este principio general de igualdad de trato, traducido en materia de IVA por el principio de neutralidad fiscal (véanse las sentencias de 10 de abril de 2008, Marks & Spencer, C-309/06, Rec. p. I-2283, apartado 49; de 29 de octubre de 2009, NCC Construction Danmark, C-174/08, Rec. p. I-10567, apartados 41 y 44, y de 10 de noviembre de 2011, The Rank Group, C-259/10 y C-260/10, Rec. p. I-0000, apartado 61), exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente (véanse las sentencias Marks & Spencer, antes citada, apartado 51, NCC Construction Danmark, antes citada, apartado 44, y de 9 de junio de 2011, Campsa Estaciones de Servicio, C-285/10, Rec. p. I-0000, apartado 29).

No obstante, se desprende de lo dispuesto en la Directiva 2006/112 que el expedidor y el destinatario de una factura referida a una entrega que, en realidad, no se ha efectuado, no se encuentran en una situación comparable.

Ahora bien, en lo que se refiere al asunto principal, de la resolución de remisión resulta que la Administración tributaria dedujo que no existía una entrega sujeta al impuesto, en particular, del hecho de que el proveedor no había aportado los documentos exigidos durante una inspección tributaria. Como esta conclusión es discutida por la parte demandante, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobarla, efectuando, conforme a las normas del Derecho nacional en materia de prueba, una apreciación global de todos los elementos y circunstancias de hecho del asunto principal (véanse, por analogía, las sentencias de 6 de septiembre de 2012, Mecsek-Gabona, C-273/11, Rec. p. I-0000, apartado 53, y de 6 de diciembre de 2012, Bonik, C-285/11, Rec. p. I-0000, apartado 32).

Debe recordarse al respecto que, ciertamente, la lucha contra el fraude, la evasión fiscal y los posibles abusos es un objetivo reconocido y promovido por la Directiva 2006/112 y los justiciables no pueden prevalerse de las normas del Derecho de la Unión de forma fraudulenta o abusiva (véanse, en particular, las sentencias de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-1609, apartados 68 y 71; de 21 de junio de 2012, Mahagében y Dávid, C-80/11 y C-142/11, Rec. p. I-0000, apartado 41, y Bonik, antes citada, apartados 35 y 36).

Por lo tanto, la sentencia concluye que corresponde a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales denegar el derecho a la deducción cuando resulte acreditado, mediante datos objetivos, que ese derecho se invoca de forma fraudulenta o abusiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de julio de 2006, Kittel y Recolta Recycling, C-439/04 y C-440/04, Rec. p. I-6161, apartado 55; Mahagében y Dávid, antes citada, apartado 42, y Bonik, antes citada, apartado 37).

No obstante, también según reiterada jurisprudencia, no es compatible con el régimen del derecho a deducción establecido en la Directiva 2006/112 sancionar con la denegación de ese derecho a un sujeto pasivo que no sabía ni podía haber sabido que la operación en cuestión formaba parte de un fraude cometido por el proveedor o que otra operación dentro de la cadena de entregas, anterior o posterior a la realizada por dicho sujeto pasivo en cuestión, fuera constitutiva de fraude del IVA (véanse en este sentido las sentencias de 12

de enero de 2006, Optigen y otros, C-354/03, C-355/03 y C-484/03, Rec. p. I-483, apartados 52 y 55; Kittel y Recolta Recycling, antes citada, apartados 45, 46 y 60; Mahagében y Dávid, antes citada, apartado 47, y Bonik, antes citada, apartado 41).

Además, el Tribunal de Justicia declaró, en los apartados 61 a 65 de la sentencia Mahagében y Dávid, que la Administración tributaria no puede obligar de manera general al sujeto pasivo que desea ejercer el derecho a deducir el IVA que, por un lado, a verificar que el emisor de la factura relativa a los bienes y servicios por los que se solicita el ejercicio de ese derecho tiene la condición de sujeto pasivo, que disponía de los bienes en cuestión y estaba en condiciones de suministrarlos y que cumplió con sus obligaciones en materia de declaración e ingreso del IVA, con el fin de cerciorarse de que no existen irregularidades o fraude por parte de los operadores anteriores ni, por otro lado, a disponer de documentación al respecto.

Atendidas las consideraciones anteriores, el TJUE responde a la segunda parte de la tercera cuestión prejudicial y a las cuestiones prejudiciales cuarta a sexta que el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que los artículos 167 y 168, letra a), de la Directiva 2006/112, así como los principios de neutralidad fiscal, de seguridad jurídica y de igualdad de trato, no se oponen a que se deniegue al destinatario de una factura el derecho a deducir el IVA soportado por no existir una operación real sujeta al impuesto, aun cuando, en la liquidación corregida remitida al expedidor de esa factura, el IVA declarado por este último no haya sido rectificado. No obstante, cuando, habida cuenta de los fraudes o irregularidades que haya cometido dicho expedidor o que precedan a la operación invocada para justificar el derecho a la deducción, se considere que esa operación no se ha realizado efectivamente, debe acreditarse, mediante datos objetivos y sin exigir al destinatario de la factura comprobaciones que no le incumben, que ese destinatario sabía o debería haber sabido que dicha operación formaba parte de un fraude del IVA, lo cual corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

3. FUENTES

En el período de referencia, deben destacarse los siguientes pronunciamientos.

En primer lugar, hay que citar la importantísima STJUE de 14 de marzo de 2013, As. C-415/11, Aziz. Este pronunciamiento, al responder a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, declara no ajustada al principio de efectividad una normativa de un Estado miembro que haga imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos.

En efecto, si una normativa no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, dicha normativa puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (fundamento 59).

Sin esa posibilidad, en todos los casos en que se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, 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. Así ocurre con mayor razón cuando el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda (fundamentos 60 y 61).

En segundo término, la STJUE de 14 de marzo de 2013, As. C-420/11, Leth, recuerda que la aplicación uniforme del Derecho de la Unión conlleva que el tenor de una disposición que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (fundamento 24). Así lo indica también la STJUE de 11 de abril de 2013, As. C-260/11, Edwards y Pallikaropoulos (fundamento 29).

Otra resolución a mencionar es la STJUE de 21 de marzo de 2013, As. C-92/11, RWE Vertrieb, según la cual toda interpretación que haga el Tribunal de Justicia de una norma del Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. Por ello, la norma así interpretada debe ser aplicada por el juez a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (fundamento 58). No obstante, sólo excepcionalmente podrá el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber: la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (fundamento 59).

Asimismo, la STJUE de 11 de abril de 2013, As. C-260/11, Edwards y Pallikaropoulos, con relación a la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como al principio de efectividad, señala que la regulación procesal nacional de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (fundamento 33).

A este respecto, la exigencia de que el procedimiento judicial no debe ser excesivamente oneroso, establecida en los artículos 10 bis, párrafo quinto, de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de

determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y 15 bis, párrafo quinto, de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, en sus versiones modificadas por la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, implica que no se impida a las personas a las que se refieren dichas disposiciones promover o proseguir un recurso judicial comprendido en el ámbito de aplicación de tales artículos a causa de la carga económica que de ello podría resultar. Cuando un órgano jurisdiccional nacional haya de pronunciarse sobre la condena en costas de un particular cuyas pretensiones, como parte demandante, han sido desestimadas en un litigio en materia de medio ambiente o, más generalmente, cuando se vea obligado, como pueden verse los órganos jurisdiccionales del Reino Unido, a pronunciarse, en una fase anterior del procedimiento, sobre una posible limitación de los costes que puedan cargarse a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas, debe asegurarse de que se cumple esta exigencia teniendo en cuenta tanto el interés de la persona que desea defender sus derechos como el interés general vinculado a la protección del medio ambiente.

En relación con esta apreciación, el juez nacional no puede basarse sólo en la situación económica del interesado, sino que debe analizar de manera objetiva la cuantía de las costas. Por lo demás, puede tener en cuenta la situación de las partes de que se trate, la existencia de posibilidades razonables de que se acojan las pretensiones del demandante, la importancia que para éste y para la protección del medio ambiente tiene el objeto del proceso, la complejidad del Derecho y del procedimiento aplicables, el posible carácter temerario del recurso en sus diferentes fases y la existencia de un sistema nacional de asistencia jurídica gratuita o de un régimen de protección en materia de costas. En cambio, la circunstancia de que no se haya disuadido al interesado de ejercer, en la práctica, su acción no basta por sí sola para considerar que el procedimiento no es para él excesivamente oneroso. Por último, esta apreciación no puede realizarse según criterios distintos en función de que tenga lugar al término de un procedimiento en primera instancia, de un recurso de apelación o de una segunda apelación (fundamentos 46, 47 y 48).

Por último, la STJUE de 18 de abril de 2013, As. C-103/11 P, Comisión/Systran y Systran Luxembourg —al resolver un recurso de casación interpuesto por la Comisión frente a la Sentencia de 16 de diciembre de 2010 del Tribunal General de la Unión Europea—, señala que el Tratado CE regula un reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales comunitarios y los órganos jurisdiccionales nacionales en lo relativo a las acciones judiciales dirigidas contra la Comunidad para reclamar la responsabilidad de ésta por daños y perjuicios. De este modo, según el artículo 240 CE, en defecto de cláusula compromisoria, los litigios en materia de responsabilidad contractual de la Comunidad son competencia de los tribunales nacionales. Ahora bien, por lo que respecta a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, tales litigios son competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales comunitarios (fundamentos 59 y 60). Por ello, teniendo que conocer de un recurso de indemnización, los tribunales comunitarios, antes de pronunciarse sobre el fondo del litigio, deben establecer con carácter preliminar su competencia realizando un análisis dirigido a determinar el carácter de la responsabilidad invocada y, por lo tanto, la propia naturaleza del litigio en cuestión (fundamento 63).

4. RECURSOS

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

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre estas materias.

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

Comencemos por establecer que *el Tribunal de Justicia de la Unión, en términos generales, se ha mantenido fiel a la que viene siendo su «reiterada jurisprudencia» en esta materia*. Así, por ejemplo, las *cuestiones prejudiciales de validez* han resultado casi anecdóticas en comparación con las interpretativas y en número (tan solo una de entre los más de sesenta pronunciamientos dictados por el TJUE en los últimos tres meses, v., **STJUE, de 14 de marzo de 2013, Agrargenossenschaft Neuzelleas, as. C-545/11**). A ello se añade que, desde el punto de vista procedimental que aquí nos ocupa, los tópicos examinados y resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión han sido los «habituales», esto es, las *solicitudes de reapertura de la fase oral del procedimiento* (v., **SSTJUE de 11 de abril de 2013, Novartis Pharma, as. C-535/11** y de **14 de marzo de 2013, Leth, as. C-420/11**); el análisis de la *(in)competencia, o no, del propio Tribunal de Justicia* para entrar a conocer determinados asuntos (v., **SSTJUE, de 11 de abril de 2013, Sweetman y otros, as. C-258/11** y de **26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, as. C-617/10**); y, en particular, la eventual concurrencia de *motivos de inadmisión* prejudicial en el caso concreto (v., entre otras, las **SSTJUE de 21 de febrero de 2013, ProRail, as. C-332/11, de 7 de marzo de 2013, Van den Booren, as. C-127/11, de 8 de mayo de 2013, Libert y otros, as. C-197/11, de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungaria Biztosító y otros, as. C-32/11, de 21 de marzo de 2013, Belgacom y otros, as. C-375/11, de 11 de abril de 2013, Della Rocca, as. C-290/12, de 18 de abril de 2013, «L», as. C-463/11 y de 14 de marzo de 2013, Česká spořitelna, C-419/11**). Por último, pero siempre en esta línea de «continuidad», el Tribunal de Justicia de la Unión, en todos y cada de uno de estos supuestos, se ha decantado —como también viene siendo costumbre— por la denegación. Dicho en otros términos: por rechazar las peticiones o alegaciones de invalidez del Derecho de la Unión, de reapertura de la fase oral del procedimiento prejudicial, las de incompetencia del propio Tribunal de Justicia o la posible concurrencia de motivos de inadmisión prejudicial. Así pues, y en suma, puede afirmarse que *poco o nada se ha movido en las habitualmente tranquilas aguas del mecanismo prejudicial comunitario*.

Ahora bien, ello no ha de impedirnos evidenciar, cuando menos, *dos extremos de interés a nuestros efectos*. Así, y de un lado, que el Tribunal de Justicia de la Unión sí ha

precisado algunos elementos «de detalle» del mecanismo prejudicial durante estos últimos tres meses; y, de otro, que éste ha sido también un período especialmente atractivo para los jueces y tribunales españoles por las razones que de inmediato se verán.

En efecto, en primer término y en lo que al instituto prejudicial en sí mismo se refiere, el Tribunal de Justicia de la Unión *se ha encargado de puntualizar algunos aspectos muy específicos del mismo, tales como: a)* que los acuerdos internacionales celebrados por la Unión (inclusión hecha de la Convención de la ONU y de su Anexo II) priman sobre sus disposiciones de Derecho derivado, por lo que éstas, en caso de eventual conflicto, han de ser interpretadas de conformidad con dichos acuerdos y no a la inversa (v., **STJUE de 11 de abril de 2013, Ring, as. C-335/11**); *b)* que no corresponde a las partes reformular o reinterpretar las peticiones de pronunciamiento prejudicial realizadas por los jueces y tribunales internos, ya que ésta es una función que, sólo excepcionalmente y en su caso, corresponde al propio Tribunal de Justicia de la Unión (v., **STJUE de 28 de febrero de 2013, Beker, as. C-168/11**); *y c)* que, en coherencia con este último matiza y en aquellos supuestos en los que la petición de decisión prejudicial del juez interno adolezca de algún defecto que no impida deducir su propósito y objeto, el Tribunal de Justicia de la Unión podrá reinterpretarla e incluso reformularla al objeto de admitirla y, por ende, de garantizar la finalidad última del mecanismo prejudicial, a saber: ofrecer una respuesta útil al órgano jurisdiccional interno y que éste considera necesaria para resolver un caso concreto (v., **SSTJUE de 28 de febrero de 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, as. C-1/12** y de **8 de mayo de 2013, Petroma Transports y otros, as. C-271/12**).

Por lo demás, y como antes apuntábamos, ha sido éste (trimestre) *un período especialmente fecundo en cuanto a pronunciamientos prejudiciales europeos con base u origen en peticiones formuladas por jueces y tribunales españoles.* De hecho, algunas de ellas y de aquellos pronunciamientos lo han sido de un importante calado jurídico e incluso han tenido una significativa repercusión en los medios y en la sociedad española; más por su fondo —eso sí— que por su forma, que es, en rigor, lo que nosotros nos corresponde comentar.

En efecto, no es habitual que más del diez por ciento de las peticiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión en un solo trimestre provengan de órganos jurisdiccionales españoles. Sin embargo, es esto precisamente lo que ha ocurrido en esta ocasión, dando como resultado: la **STJUE de 25 de abril de 2013, Jyske Bank Gibraltar, as. C-212/11**; la **STJUE de 21 de febrero de 2013, Salgado González, as. C-282/11**; la **STJUE de 21 de febrero de 2013, Fédération Cynologique Internationale, as. C-561/11**; pero, sobre todo y fundamentalmente de las **SSTJUE de 26 de febrero de 2013, Melloni, as. C-399/11** y de **14 de marzo de 2013, Aziz, as. C-415/11**; que, sin duda, merecen un comentario aparte.

Y lo merecen, **la de 26 de febrero de 2013**, porque *estamos ante un hecho histórico.* Más todavía, poder afirmarse que con ella se cierra un novedoso círculo que inició el Tribunal Constitucional español en junio de 2011 al hacer uso —por vez primera desde su creación— del mecanismo prejudicial (vía Auto 86/2011, de 9 de junio). Un Auto en el que nuestro Alto Tribunal plantea no una, sino hasta tres cuestiones prejudiciales (de interpretación, de validez y de interpretación-validez) ante la Curia Comunitaria. Cuestiones, todas ellas, relacionadas con la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio y, más en concreto, con la posible (in)compatibilidad de su artículo 4 *bis*, apdo. 1

(en su redacción dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero) con ciertas actuaciones judiciales internas y con los artículos 47, 48 y 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Unas dudas o cuestiones que, por lo demás, parten en primera instancia de la interposición de un recurso de amparo por parte de un ciudadano italiano (Don Stefano Melloni) contra un Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Primera, de 12 de septiembre de 2008) donde, en lo que ahora importa, se autoriza la entrega del antedicho demandante de amparo a las autoridades italianas para el cumplimiento de una condena impuesta (en rebeldía) por un órgano jurisdiccional de este país (el Tribunal de Ferrara). Un Tribunal que había dictado orden europea de detención y entrega, y cuya eventual sentencia condenatoria no sería susceptible de revisión conforme al Derecho italiano.

Pues bien, aquellas tres cuestiones —aunque no sea éste el objeto de nuestro estudio— son ahora resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión en el siguiente sentido (v., parte declarativa y final de la antes citada Sentencia de 26 de febrero de 2013): *a*) que el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio (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), «... *se opone* a que, en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución someta la ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro emisor...»; *b*) que, por lo mismo, este artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, «... *es compatible* con las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea...»; y *c*) que el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que «... *no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor*, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución...».

Sin embargo, no es tanto este sentido ni el tenor literal de este fallo, lo que aquí y en este apartado de la revista importa, sino el debate sobre la admisibilidad que en su seno se plantea. Porque ocurre, en efecto y como era de esperar (dado lo inaudito del uso de este mecanismo prejudicial por nuestro Tribunal Constitucional), que alguna o algunas de las partes interesadas en el proceso principal presentasen observaciones ante el Tribunal de Justicia, postulando que debía considerarse inadmisibile la remisión prejudicial. De hecho, así ocurre y alguna de aquellas partes en el proceso principal sostiene que la petición ha de declararse inadmisibile porque: «...el artículo 4 *bis* de la Decisión marco 2002/584 es inaplicable *ratione temporis* al procedimiento de entrega del demandante en el asunto principal...». Alegan, en particular, que: «... la fecha de 12 de septiembre de 2008 [que es la del auto de la Audiencia Nacional que decidió la entrega de aquél a las autoridades italianas] es anterior a la fecha de terminación del plazo para la transposición de la Decisión marco 2009/299, fijada al 28 de marzo de 2011 por el artículo 8, apartado 1, de ésta...» (v., apdo. 27 de la Sentencia). Además, y a mayor abundamiento, estas mismas partes señalan que: «... en cualquier caso, la República Italiana ha hecho uso de la opción ofrecida por el apartado 3 del mismo artículo 8, disposición que permite aplazar hasta el 1 de enero

de 2014 la aplicación de la Decisión marco 2009/299 al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado emitidas por las autoridades competentes italianas...» (v., apdo. 27 de la Sentencia). En suma, y por consiguiente, consideran que las condiciones para la entrega del Sr. Melloni por las autoridades españolas a las autoridades italianas: «... siguen estando reguladas por el artículo 5, punto 1, de la Decisión marco 2002/584...».

Pues bien, como también cabía esperar y en sentido contrario, el Tribunal de Justicia de la Unión nos recuerda su consabida jurisprudencia a este respecto, es decir: *a*) que «... en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, *corresponde exclusivamente al juez nacional*, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que se ha de pronunciar, 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...» (v., apdo. 28 de la Sentencia); *b*) que, consecuentemente, «... cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, *el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse...*» (v., apdo. 28 *in fine* de la Sentencia); *c*) que, de hecho, existe a este respecto una «... *presunción de pertinencia inherente a las cuestiones prejudiciales* planteadas por los tribunales...» que «... *sólo puede excluirse de forma excepcional si es evidente que la interpretación solicitada de las disposiciones del Derecho de la Unión a las que se refieren las cuestiones no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas...*» (v., apdo. 29 *in fine* de la Sentencia); *d*) que, en el caso que ahora nos ocupa y a juicio del Tribunal de Justicia, «... *no es evidente que la interpretación del artículo 4 bis de la Decisión marco 2002/584, solicitada por el tribunal remitente, no guarde relación alguna con la realidad o el objeto del asunto principal ni que se refiera a un problema de naturaleza hipotética...*» (v., apdo. 30 de la Sentencia); *e*) que, más en concreto aún y en lo que atañe «... a la aplicabilidad *ratione temporis* del artículo 4 bis de esa Decisión marco...», es preciso observar «... *que el texto mismo del artículo 8, apartado 2, de la Decisión marco 2009/299 expresa que, a partir del 28 de marzo de 2011, ésta «se aplicará [...] al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado», sin hacer distinción alguna según que esas resoluciones sean anteriores o posteriores a esa fecha...*»; *f*) que, en la misma línea pero en relación ahora con *el dato o circunstancia (también alegada por las partes) de que la República Italiana ha declarado que va a utilizar la posibilidad ofrecida por el artículo 8, apartado 3, de la Decisión marco 2009/299 (de aplazar al 1 de enero de 2014, a más tardar la aplicación de ésta al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado emitidas por las autoridades competentes italianas)* «... *no puede dar lugar a la inadmisibilidad de la presente remisión prejudicial...*»; y *g*), en fin, que a la luz de las anteriores consideraciones —y como suele ocurrir en estos casos—, resulta que *la petición decisión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional «... es admisible...»*. Una admisibilidad que dará como resultado aquel triple pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión en el sentido ya comentado.

Sea como fuere, lo que ahora nos incumbe subrayar es que, *ni las partes, ni por supuesto el Tribunal de Justicia de la Unión, observan impedimento alguno, ni ponen en*

tela de juicio, que una Corte o Tribunal Constitucional nacional (en este caso el español) pueda hacer uso de este mecanismo prejudicial (tal y como ya se sostuvo por quien suscribe estas páginas en un artículo doctrinal publicado en esta misma revista, v., Justicia Administrativa, núm. 55, primer trimestre, de 2012).

Finalmente, y en cuanto a la **STJUE 14 de marzo de 2013, Aziz, as. C-415/11**, bastará decir aquí que, *pese a la tremenda notoriedad que ha adquirido (dada su innegable relación con la grave problemática española de los desahucios), no deja de ser una cuestión prejudicial como tantas otras*, desde la estricta perspectiva procedimental que a nosotros nos toca comentar. En efecto, no cabe duda de que, de una parte, *estamos ante uno de los pronunciamientos prejudiciales que más fama y notoriedad ha alcanzado en los medios de comunicación de nuestro país en los últimos años*, debido, fundamentalmente, a la cuestión de fondo que sustancia y al sentido de su fallo. Porque es lo cierto que, en esencia y a su través, el Tribunal de Justicia de la Unión viene a considerar que *el Derecho derivado comunitario (en concreto, de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumidores) se opone a una normativa como la española*, que no prevé la posibilidad de formular motivos de oposición al procedimiento de ejecución hipotecaria (o desahucio) basados en el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales del préstamo inicial y que dio lugar al mismo (v., contenido final de esta Sentencia). Lo que implica, a su vez y de un lado, que los jueces y tribunales (declarativos) españoles, así como los del resto de la Unión (pues los pronunciamientos prejudiciales poseen carácter de cosa juzgada y general), están llamados a aplicar aquella normativa comunitaria preferentemente a la legislación (hipotecaria) interna o española, *pudiendo adoptar medidas cautelares (incluida la de suspensión del desahucio) cuando aprecien carácter abusivo en aquellas cláusulas* (con el fin de garantizar la plena eficacia de su decisión final, así como la prevalencia del Derecho de la Unión). De otro lado, además, constituye un serio tirón de orejas al legislador español, pues pone de manifiesto que éste no ha cumplido con su deber de transposición sustantiva o material de aquel Derecho derivado de la Unión (de la Directiva 93/13/CEE); al tiempo que, indirectamente, le «sugiere» subsanar esta deficiencia (entendemos que modificando la normativa hipotecaria en el sentido querido por este fallo), so pena de verse expuesto a que se incoe contra él un procedimiento y ulterior recurso por incumplimiento (recurso, dicho sea entre paréntesis, para cuya interposición carecen de legitimación activa los particulares, que sólo podría actuar como meros denunciadores ante, entre otros, el Defensor del Pueblo de la Unión para que éste lo ponga en conocimiento de la Comisión, o ante la Comisión misma, que sí disfruta de dicha legitimación activa).

Ahora bien, de otra parte, hemos de insistir de nuevo en que no son estos aspectos de fondo los que a nosotros nos atañe comentar (a pesar que no hayamos podido resistirnos cuando menos a esbozarlos), sino los elementos procedimentales de esta Sentencia y de este pronunciamiento. Y sucede que, desde esta segunda y mucho más limitada perspectiva, este «famoso» pronunciamiento baja muchos enteros, pues no presenta ninguna singularidad especial. Salvedad hecha, si se quiere, de que —como era presumible— algunas de las partes en el procedimiento prejudicial (en concreto la entidad bancaria que otorgó el crédito, CatalunyaCaixa, y el principal estado afectado, España) ponen en duda la admisibilidad de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional interno español y remitente (el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona). Una duda que el Tribunal

de Justicia de la Unión disipa al estilo y manera que ya conocemos (v., apdos. 32 a 42 de esta Sentencia), y en términos muy parecidos en los que acabamos de exponer en relación con la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español, para concluir ahora —como entonces— y en contra de las alegaciones de Catalunyaixa y el Estado español, que: «... las cuestiones prejudiciales *son admisibles en su conjunto...*» (v., apdo. 42 de la Sentencia).

E) Medidas cautelares

Ninguna de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en los últimos tres meses ha abordado este interesante tópico del sistema jurisdiccional de la Unión, por lo que nada nuevo cabe señalar en cuanto al mismo.

5. MERCADO INTERIOR

C. Libre circulación de trabajadores y personas **(REVISAR. Faltan A y B)**

a) *Derechos de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión*

La **STJUE de 8 de mayo de 2013, Ymeraga, as. C-87/12**, tiene como objeto analizar si un nacional kosovar, que adquiere la nacionalidad luxemburguesa tras diez años de residencia en dicho país, tiene derecho a reagruparse en Luxemburgo con sus padres y hermanos, residentes en Kosovo.

El Tribunal de Justicia no encuentra base legal para acceder a tal pretensión. En primer lugar, no es aplicable la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar ya que dicha Directiva, cuyo objeto es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros, no se aplicará a los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión.

Tampoco es aplicable 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, ya que el interesado nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación en la UE y siempre ha residido en el Estado miembro cuya nacionalidad posee.

Finalmente, en lo que atañe al artículo 20 TFUE, las disposiciones del Tratado relativas a la ciudadanía de la Unión no confieren ningún derecho autónomo a los nacionales de terceros países. Y en este sentido, el Tribunal recuerda que el solo hecho de que a un nacional de un Estado miembro le pueda parecer deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en el territorio de la Unión, que miembros de su familia, que no tienen la nacionalidad de un Estado miembro, puedan residir con él en el territorio de la Unión no basta por sí mismo para considerar que el ciudadano de la Unión se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido.

Por su parte, la **STJUE de 8 de mayo de 2013, Alarape, as. C-529/11** tiene como origen un litigio en el que se trata de determinar si existe derecho de la Sra. Alarape, de nacionalidad nigeriana, a continuar residiendo en Reino Unido. Tanto la Sra. Alarape como su hijo residían en este Estado de la Unión desde el año 2005, como cónyuge y descendiente menor de 21 años de un ciudadano de la Unión. No obstante, en el año 2012, la Sra. Alarape se divorció.

En primer lugar, se discute si la Sra. Alarape tiene un derecho de residencia derivado de su hijo, que, ya mayor de edad, había sido admitido en la Universidad de Edimburgo con el fin de realizar un doctorado. Pues bien, el Tribunal europeo concluye que el progenitor de un hijo que haya alcanzado la mayoría de edad y que haya accedido a la educación con arreglo al artículo 12 del Reglamento n.º 1612/68 puede seguir disfrutando de un derecho derivado de residencia en virtud de ese mismo artículo si el hijo sigue necesitando su presencia y sus atenciones para poder continuar y terminar sus estudios, extremo que corresponde apreciar al tribunal remitente teniendo en cuenta todas las circunstancias del asunto que le ha sido sometido. Para apreciar esta cuestión será preciso atender a circunstancias e indicios concretos del supuesto que pongan de manifiesto una necesidad real, tales como, entre otros, la edad del hijo, la residencia en el domicilio familiar o la necesidad de un apoyo parental desde el punto de vista económico o afectivo para continuar y terminar sus estudios.

Por otro lado, se analiza si la Sra. Alarape tiene derecho a un permiso de residencia permanente en virtud de haber residido de forma continuada en Reino Unido durante más de cinco años. El Tribunal de Justicia rechaza esta posibilidad ya que la circunstancia de que el miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro haya residido en un Estado miembro con fundamento exclusivo en el artículo 12 del Reglamento n.º 1612/68 no puede, por tanto, tener ninguna consecuencia sobre la adquisición del derecho de residencia permanente en el sentido de la Directiva 2004/38.

b) Seguridad social de los trabajadores migrante

La **STJUE de 11 de febrero de 2013, Jeltens, as. C-443/11**, analiza si los trabajadores transfronterizos tienen derecho a cobrar el subsidio de desempleo en el Estado miembro del último empleo. Aunque en el artículo 65 del Reglamento n.º 883/2004 designa claramente el Estado miembro encargado de conceder las prestaciones de desempleo al Estado miembro de residencia, la duda surge porque la STJUE de 12 de junio de 1986, *Miethe*, interpretando el artículo 71 del derogado Reglamento 1408/71, concluyó que dicho trabajador puede optar por ponerse a disposición de los servicios de empleo del último Estado miembro en el que trabajó y percibir de dicho Estado prestaciones, tomando éstas la forma tanto de una ayuda al reciclaje profesional como de subsidios.

Pues bien, el TJUE concluye que no existen razones para no aplicar en su literalidad el artículo 65 del Reglamento n.º 883/2004. Así, se razona que:

«Como el Reglamento n.º 883/2004 es posterior a la fecha en que se dictó la sentencia *Miethe*, antes citada, si el legislador lo hubiera querido, habida cuenta de su voluntad de modernizar y simplificar las reglas existentes, habría podido redactar el artículo 65 de ese

Reglamento incluyendo plenamente y de modo explícito la interpretación del artículo 71 del Reglamento n.º 1408/71 que dio el Tribunal de Justicia en dicha sentencia. Ahora bien, no lo hizo. En esas circunstancias, procede considerar que la falta de mención expresa, en el artículo 65, apartado 2, del Reglamento n.º 883/2004, a la facultad de obtener subsidios de desempleo del Estado miembro del último empleo refleja la voluntad deliberada del legislador de limitar la toma en consideración de la sentencia *Miethe*, antes citada, estableciendo únicamente una posibilidad complementaria para el trabajador de que se trata, que le permite inscribirse como solicitante de empleo en los servicios de dicho Estado miembro para obtener en él una ayuda adicional al reciclaje profesional».

Por su parte, la **STJUE de 7 de mayo de 2011, van den Booren, C-127/11**, ha declarado que el artículo 46 *bis* del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, 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 dentro de la Comunidad no se opone a la aplicación de una normativa de un Estado miembro que contiene una cláusula en virtud de la cual una pensión de viudedad percibida en ese Estado miembro queda reducida como consecuencia del aumento de una pensión de vejez percibida en virtud de la legislación de otro Estado miembro.

c) Lengua válida en las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores

La **STJUE de 16 de abril de 2013, Las, asunto C-202/11**, analiza si un Decreto sobre el uso de las lenguas de la Comunidad Flamenca de Bélgica infringe el artículo 45 TFUE, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión Europea, en la medida en que obliga a toda empresa situada en la región lingüística neerlandesa que contrate a un trabajador para un puesto de carácter internacional a redactar el contrato de trabajo en lengua neerlandesa, so pena de nulidad, todos los documentos relacionados con la relación laboral.

Para el Tribunal de Justicia, el Decreto constituye una restricción a la libre circulación de trabajadores ilegítima. Si bien el objetivo de fomentar y estimular la lengua neerlandesa, una de las lenguas oficiales de Bélgica, así como garantizar la protección social de los trabajadores y facilitar de los controles administrativos relacionados con ella constituyen intereses legítimos capaces de justificar la restricción a la libertad comunitaria, la medida no es proporcionada a los objetivos perseguidos.

En efecto, las partes de un contrato laboral de carácter transfronterizo no dominan necesariamente la lengua oficial del Estado miembro de que se trata. En tales circunstancias, la formación de un consentimiento libre e informado entre las partes exige que éstas puedan redactar su contrato en una lengua que no sea la lengua oficial de dicho Estado miembro.

Además, concluye el Tribunal, una normativa de un Estado miembro que no se limitara a imponer la utilización de la lengua oficial de éste para los contratos laborales de carácter transfronterizo, sino que permitiera además elaborar una versión de esos contratos, cuyo texto fuera igualmente auténtico, en una lengua conocida por todas las partes implicadas, atentaría menos contra la libertad de circulación de los trabajadores que la normativa controvertida en el litigio principal, sin dejar por ello de ser adecuada para garantizar los objetivos perseguidos por esta última normativa.

D) Libre circulación de capitales

a) Imposición de cargas «sociales» a promotores inmobiliarios

La STJUE de 8 de mayo de 2013, as. Acumulados C-197/11 y C-203/11, analiza si es compatible con el Derecho de la Unión europea un Decreto belga que obliga al parcelador o al promotor a realizar las actuaciones necesarias para que se haga efectiva una oferta de vivienda social que se ajuste al porcentaje aplicable al proyecto de parcelación o al proyecto de construcción.

Para resolver esta cuestión el Tribunal parte de que los inversores concernidos no pueden utilizar libremente los terrenos para los fines en razón de cuyo cumplimiento se proponen adquirirlos, por lo que el régimen analizado constituye una restricción a la libre circulación de capitales.

Sin embargo, se recuerda que la obligación a cargo de dichos operadores económicos de cumplir la carga social prevista por dicho Decreto, en la medida en que tiene por objeto garantizar una oferta de vivienda suficiente para las personas que tienen escasos ingresos o para otras categorías desfavorecidas de la población local, puede estar justificada por exigencias vinculadas a la política en materia de vivienda social de un Estado miembro, como razón imperiosa de interés general.

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 (artículo 50.1.b) LOTC).
 - 1) Especial relevancia constitucional por nueva doctrina sobre derechos fundamentales o preceptos constitucionales.
 - 2) Especial relevancia constitucional debido a la vulneración de un derecho fundamental por un precepto legal.
 - 3) Especial relevancia constitucional por incumplimiento reiterado por parte de un órgano público y órganos jurisdiccionales de la doctrina constitucional, con amplia repercusión pública.
 - 4) Especial relevancia constitucional por negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional por un órgano jurisdiccional.
 - 5) Especial relevancia por tratarse de un recurso con importante repercusión económica.
 - 6) Especial relevancia constitucional por tratarse de un recurso con importante repercusión política.
 - 7) Otros supuestos.
3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.
 - A) **Competencia del Estado para otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación de hidrocarburos cuando afecten al subsuelo marino: el mar territorial no forma parte del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias.**
 - B) **Defensa del patrimonio cultural y archivos de titularidad estatal (artículo 149.1.28.^a CE): la restitución a la Generalitat de Cataluña de documentos no constituye una «expoliación» del Archivo General de la Guerra Civil Española.**
 - C) **Archivos de titularidad estatal (artículo 149.1.28.^a CE): la integración en «sistemas autonómicos» de fondos ubicados en archivos de titularidad estatal no puede tener incidencia en su regulación.**

- D) Competencias sobre aguas (artículo 149.1.22.^a y 23.^a CE): ausencia de calificación expresa sobre el título competencial.
 - E) Legislación básica sobre protección del medio ambiente (artículo 149.1.23.^a CE) y regulación de los montes. Inconstitucionalidad de la disposición final por encuadramiento incorrecto de un precepto en el título sobre investigación científica y técnica (artículo 149.1.15.^a CE).
 - F) Legislación básica sobre protección del medio ambiente (artículo 149.1.23.^a CE) y facultades de coordinación del Estado.
 - G) Establecimiento de normas adicionales de protección del medio ambiente: incidencia de la ley de protección contra la contaminación acústica de Cataluña en las competencias del Estado sobre puertos y aeropuertos de interés general (artículo 149.1.20.^a CE) e infraestructuras de transportes (artículo 149.1.21.^a CE).
 - H) Ordenación general de la economía (artículo 149.1.13 CE) y competencias sobre denominaciones de origen: ley de la viña y el vino.
-

1. INTRODUCCIÓN

En la presente crónica se analiza la doctrina más novedosa y relevante de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el primer trimestre del año 2013. Durante estos meses el Alto Tribunal ha dictado 20 sentencias resolviendo recursos de amparo, 24 recursos de inconstitucionalidad, 7 cuestiones de inconstitucionalidad y 19 conflictos positivo de competencia. Respecto de la sentencias sobre recursos de amparo, 12 versaban sobre materia penal, 4 contencioso/administrativa, 3 social y 1 civil; 10 recursos fueron estimados totalmente, 2 estimados parcialmente, 6 desestimados y 2 inadmitidos en fase de sentencia. Los derechos más invocados y vulnerados han sido principalmente la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y los principios procesales contenidos en el artículo 24.2 CE. También fueron invocados y vulnerados, aunque en mucha menor medida el principio de legalidad penal, el derecho a la igualdad (artículo 14 CE); el de libertad (artículo 17 CE); de protección de datos (artículo 18.4 CE) y el de prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 CE).

En este trimestre es de destacar que el Tribunal Constitucional empieza a dar importancia a la justificación de la especial relevancia constitucional del recurso de amparo como requisito de admisión. Son varias las ocasiones en las que las Salas señalan los motivos por los que el recurso contiene especial relevancia constitucional: STC 44/2013, de 25 de febrero; STC 56/2013, de 11 de marzo; STC 32/2013, de 11 de febrero; STC 31/2013, de 11 de febrero; STC 27/2013, de 11 de febrero (FJ 2); STC 2/2013, de 14 de enero, FJ 3. Más interesante aún es la decisión tomada por la mayoría de la Sala Segunda en la STC 31/2013. En ella se aprecia la especial trascendencia constitucional del recurso sin que el recurrente la hubiera justificado en su escrito de demanda. Consecuentemente, como señala acertadamente en su voto particular el Magistrado Pablo PÉREZ TREMPES, con esta decisión el Tribunal entra en contradicción con su propia jurisprudencia, por ejemplo con la STC 176/2012, en la que «censuró la posición del Ministerio Fiscal que consideraba que, a pesar de no haberse cumplido con la carga procesal de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, esa insuficiencia quedaba contrarrestada con la

posibilidad de apreciar la eventual conexión de las vulneraciones aducidas con alguno de los criterios que dotarían de especial trascendencia constitucional al recurso». La incoherencia jurídica de esta decisión queda aún más patente si se tienen en cuenta otras decisiones, por ejemplo, el ATC 28/2013, de 11 de febrero, en el que sobre un caso de denuncia sobre la sustracción de un recién nacido, la mayoría de la Sala Primera inadmite el recurso por no justificar adecuadamente la especial trascendencia constitucional, a pesar de la temática tan relevante de la que se trata como señaló en un voto particular a este Auto el Magistrado Fernando VALDÉS DAL-RE. Por último, es destacable que el Tribunal dicta dos sentencias sobre dos recursos de amparo (SSTC 54/2013, de 11 de marzo; 28/2013, de 11 de febrero) que planteaban la inconstitucionalidad de la aplicación de la doctrina sentada en la STS 197/2006 (doctrina Parot), pero que fueron inadmitidos por no haber agotado la vía judicial previa.

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 57/2013, de 28 de junio de 2011: Circunstancias específicas en la ponderación entre límites eventuales a las garantías procesales del demandado y protección del menor en caso de abusos sexuales (artículo 24.1 y 2 CE).*

La Sala Segunda admite a trámite el recurso de amparo de un profesor condenado por seis delitos de abusos sexuales a menores por supuesta vulneración de su tutela judicial efectiva, un proceso con todas las garantías y presunción de inocencia (artículo 24.1 y 2 CE). La cuestión a dilucidar es si las limitaciones y modulaciones de las garantías procesales del recurrente en amparo, en aras de la protección de la menor de edad víctima eventual de abusos sexuales y de su desarrollo personal e indemnidad moral y física, vulnera los citados derechos. Esta cuestión ya fue resuelta por la STC 174/2011, de 7 de noviembre, adoptando una serie de condiciones en la ponderación de garantías procesales del acusado y protección del menor presuntamente agredido. Sin embargo, este caso presenta circunstancias específicas que deben ser tenidas en cuenta para la resolución del amparo, tales como la escasa edad de las menores (4-6 años); la no declaración en ningún momento del

proceso de las menores ante la policía; la no solicitud por ninguna de las partes de una declaración directa de las menores en el procedimiento; y por último, el no pronunciamiento sobre la posibilidad de practicar dicho interrogatorio formal y contradictorio por parte de los órganos jurisdiccionales porque nunca se le fue solicitado de ninguna forma. El recurso de amparo fue desestimado.

— *STC 44/2013, de 25 de febrero: convenios colectivos.*

En el presente recurso planteado por la Confederación General de Trabajadores contra sendas resoluciones de tribunales de lo Social que no resuelven el fondo de la pretensión contra la impugnación de un convenio colectivo, la Sala Segunda especifica su especial trascendencia constitucional en dos motivos: en primer lugar, por su proyección de generalidad al denunciarse el problema de la carencia de un cauce para impugnar con proyección colectiva una norma convencional una vez que se ha suscrito otra nueva; en segundo lugar, por plantear un problema nuevo con relación al derecho a la tutela judicial efectiva, al requerir que este Tribunal determine si resulta aplicable el artículo 22 LEC a los asuntos que versan sobre impugnación de convenios colectivos en el orden social y de ser así, si la suscripción de un nuevo convenio colectivo ha de conllevar la terminación sobrevenida del proceso, quedando como única vía para su cuestionamiento los procedimientos individuales instados por los trabajadores con relación a los efectos de su aplicación. (FJ 2). El recurso fue finalmente desestimado.

— *STC 31/2013, de 11 de febrero: Extradición a Hong Kong (artículo 17 CE).*

En un proceso de extradición de un ciudadano portugués a Hong Kong, la Sala Segunda del Tribunal, a pesar de que el recurrente no justifica la especial relevancia constitucional en su escrito de demanda, sentencia que «la lectura del escrito de demanda pone de manifiesto que el recurrente sustancialmente vincula la existencia de «relevancia constitucional» a la circunstancia de que se trata de una decisión de extradición, en que el reclamante, la Región Administrativa Especial de Hong Kong, no es un Estado, y en tal sentido cabe entender que el demandante conecta materialmente en su demanda la alegada lesión con diversos criterios que, conforme a lo ya expuesto en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, dotarían de trascendencia al recurso. En tal sentido puede indicarse que el asunto suscitado, trasciende del caso concreto al plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión, que afecta a la extradición como acto de soberanía del Estado. Y es que debe resolverse si la región de Hong Kong, carente de soberanía e integrada en el Estado de la República Popular de China, tiene legitimación en virtud de convenios internacionales multilaterales o bilaterales relativos a la extradición suscritos con China, para reclamar a España la entrega de una persona que se encuentre en su territorio, alcanzado la solución a la configuración de las relaciones que en materia de extradición, como acto de soberanía entre Estados, se produzcan entre el Estado español y la Región Administrativa de Hong Kong y a la interpretación de los tratados internacionales suscritos por España y la República Popular de China. Y por otra parte, la cuestión atinente a la legitimación para reclamar la extradición por quien carece de la condición de Estado plantea un problema o una faceta del derecho fundamental a la libertad susceptible de amparo sobre el que no existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional». (FJ 2).

- *STC 29/2013, de 11 de febrero: instalación de cámaras de videovigilancia en puesto de trabajo para controlar asistencia al mismo: artículo 18.4 CE.*

En la presente sentencia, la Sala Primera abunda en los requisitos que la Universidad de Sevilla debería haber cumplido con la utilización de las imágenes grabadas por una cámara de videovigilancia instalada en sus instalaciones. A pesar de que existían avisos de la existencia de las cámaras, e incluso una autorización de la Agencia de Protección de Datos, la Universidad en ningún momento avisó a sus trabajadores de que las imágenes tomadas por las cámaras podrían ser utilizadas para controlar la asistencia a su puesto de trabajo. En consecuencia la Sala Primera estimó la vulnerado el derecho a la protección de datos del trabajador recurrente (artículo 18.4 CE).

- *STC 27/2013, de 11 de febrero: efectos del no planteamiento de una cuestión prejudicial.*

La Sala Primera manifiesta expresamente que el presente recurso de amparo reviste el interés objetivo de determinar si la más reciente doctrina de este Tribunal relativa a las cuestiones prejudiciales es extensible o no, y, en su caso, en qué términos, a supuestos en los que la falta de remisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tiene como efecto aparejado la inaplicación de norma legal interna alguna (circunstancia que sí se daba en los asuntos resueltos hasta la fecha), sino que, por el contrario, da lugar a la aplicación de la disposición interna controvertida porque se considera que es compatible con la norma europea sobre cuya interpretación se han proyectado las dudas. (FJ 2).

- 2) Especial relevancia constitucional debido a la vulneración de un derecho fundamental por un precepto legal

— *STC 55/2013, de 11 de marzo:*

La Sala Segunda aprecia la especial relevancia constitucional del recurso planteado por el demandante de una pensión de viudedad a la muerte de su compañero con el que había convivido maritalmente durante 19 años a quien se le denegó basándose en la disposición adicional tercera c) de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social que imponía la exigencia de tener hijos para el disfrute de esta pensión. El Alto Tribunal estima el recurso de amparo basándose en su STC 41/2013, de 14 de febrero que declaró contrario al artículo 14 CE esta exigencia.

- 3) Especial relevancia constitucional por incumplimiento reiterado por parte de un órgano público y órganos jurisdiccionales de la doctrina constitucional, con amplia repercusión pública:
STC 30/2013, de 11 de febrero y STC 45/2013, de 25 de febrero

Son varias las sentencias del Tribunal Constitucional (la primera la STC 111/2004, de 12 de julio) que consideran vulneradora del principio de legalidad penal (artículo 25.1 CE) la actuación del Ayuntamiento de Madrid (y la de los tribunales contencioso-administrativo que no aplican la jurisprudencia constitucional) que tras la imposición de una multa de tráfico, solicita al titular del vehículo multado que aporte los datos identificativos de la

persona que en ese momento estuviera conduciendo como establece el artículo 72.3 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Tras aportar nombre, apellidos y domicilio, el Ayuntamiento, sin realizar ninguna gestión más, multa a la titular del vehículo por la infracción consistente en el incumplimiento de la obligación de identificar en tiempo y forma al conductor responsable de infracción. Sin embargo, esa exigencia no estaba contemplada en la redacción de la Ley cuando se impuso la multa, por lo que el Ayuntamiento no debería haber impuesto ninguna de las multas impugnadas.

- 4) Especial relevancia constitucional por negativa manifiesta el deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional por un órgano jurisdiccional: STC 32/2013, de 11 de febrero; STC 2/2013, de 14 de enero; STC 1/2013, de 14 de enero.

— *STC 32/2013, de 11 de febrero:*

En un caso sobre delitos contra la hacienda pública por el impago del impuesto sobre el valor añadido y cómputo de plazos para la prescripción de los mismos, la Sala Primera aprecia que el recurso de amparo planteado presenta especial relevancia constitucional porque la Audiencia Provincial de Asturias no aplica de manera consciente y voluntaria la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo de prescripción sentada en la STC 63/2005, de 14 de marzo, pues era concedora de la misma (FJ 2).

- 5) Especial relevancia constitucional por tratarse de un recurso con importante repercusión económica

— *STC 56/2013, de 11 de marzo.*

En la STC 56/2013, en un proceso sobre reclamación de cantidad por daños y perjuicios derivados de un incumplimiento contractual entre dos empresas grandes (Centros Comerciales Carrefour S.A y Centros Comerciales Pryca S.A.) la misma Sala Segunda señala que la especial relevancia constitucional por la que se admite el recurso «podría subsumirse en el supuesto del apartado “g” del listado de nuestra STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, cuando las circunstancias del caso evidencien un grado de relevancia y generalidad de esa repercusión económica» (mil cien millones de pesetas (6.611.133,15 euros) (FJ 1.b).

- 6) Especial relevancia constitucional por tratarse de un recurso con importante repercusión política

— *STC 10/2013, de 28 de enero:*

En el procedimiento sobre la ejecución de la Sentencia de 22 de septiembre de 2008, dictada por la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los Autos acumulados núms. 5/2008 y 6/2008 que declaró la ilegalidad del partido político Eusko Abetzale Ekimntza/Acción Nacionalista Vasca (EAE/ANV) así como su disolución, el Tribunal Constitucional admite este recurso para denegar la vulneración alegada.

7) Otros supuestos

El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite demandas de recursos de amparo en las que resulta difícil encajarlas en alguno de los criterios del artículo 50.1.b) LOTC.

Por ejemplo, hay varios recursos que versan sobre la valoración de las pruebas en materia penal, aunque no se da ninguno de los supuestos establecidos en la STC 155/2009:

— *STC 53/2013, de 28 de febrero.*

Dos condenados como autores de un delito de asesinato terrorista impugnan las decisiones judiciales condenatorias por considerar que la utilización de las pruebas incriminatorias constituían una vulneración del artículo 24.2 CE a la presunción de inocencia. El Pleno del Tribunal utiliza jurisprudencia firme sobre el caso y estima parcialmente el recurso para uno de los dos condenados. No está muy claro el motivo de la admisión del presente recurso de amparo. Sin duda presenta una gran importancia para los recurrentes que una mala valoración de la prueba derive en una condena penal injusta. Sin embargo, la argumentación seguida por el Tribunal Constitucional se basa en jurisprudencia constitucional sintetizados por la STC 68/2010, de 18 de octubre. De todas formas, se aprecia por parte del TC que los recursos cuyo objeto es una condena penal, son admitidos a trámite y estudiados por el Alto Tribunal.

— *STC 43/2013, de 25 de febrero.*

En un proceso sobre un delito contra los derechos de los trabajadores, la Sala Segunda estima la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) pues la recurrente es condenada en segunda instancia sin respetar las garantías de inmediación y contradicción de la prueba.

— *STC 11/2013, de 28 de enero:*

En una misión en Haití, miembros del Cuerpo Nacional de Policía cobraron una partida que no cobraron miembros de la Guardia Civil a pesar de formar parte del mismo órgano. El TC sentencia la vulneración del derecho a la igualdad en aplicación de ley (artículo 14 CE).

Por último, el Tribunal Constitucional admite a trámite la demanda en amparo de un detenido que alegó torturas, tratos inhumanos y degradantes: En la *STC 12/2013, de 28 de enero* no hay cuestiones jurídicas novedosas a resolver; la doctrina sobre este tema es firme y constante. Quizá es admitida porque se trata de una materia penal o por la entidad de derecho fundamental conculcado (artículo 15 CE), pero el Alto Tribunal no se pronuncia al respecto.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

No hemos incluido en la crónica varias sentencias sobre potestad subvencional, en las que no parece haber doctrina novedosa (SSTC 7/2013, de 17 de enero; 21/2013, 23/2013 y 26/2013, las tres de 31 de enero; 40/2013, de 14 de febrero; 52/2013, de 28 de febrero; y 70/2013, de 14 de marzo).

Tampoco desarrollaremos aquellas Sentencias que son secuela de otras anteriores: a) un grupo de sentencias en materia de formación profesional continua, que siguen a la STC 244/2012, de 18 de diciembre (STC 16/2013, de 31 de enero; 35/2013 y 37/2013, de 14 de febrero; y 62/2013 y 65/2013, de 14 de marzo); b) la STC 33/2013, de 11 de febrero, en la que se vuelve sobre la STC 175/2011, de 8 de noviembre (analizada en JA núm. 55), en la que se declaró la nulidad del precepto legal autonómico que establecía una dispensa de titulación para la promoción interna de los policías locales; c) la STC 59/2013, de 13 de marzo, que se basa en la STC 149/2012, de 5 de julio, para defender el carácter instrumental de la certificación ambiental respecto de la obra hidráulica de competencia estatal sobre la que versa; d) varias Sentencias sobre competencias en educación (SSTC 6/2013, de 17 de enero; 15/2013, 24/2013 y 25/2013, de 31 de enero; 47 y 48/2013, de 28 de febrero); y e) la STC 18/2013, de 31 de enero, sobre la provisión del puesto de Secretario de Gobierno en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que se aplica la doctrina establecida en la STC 224/2012, de 29 noviembre, por la que se declara la constitucionalidad del sistema de provisión de puestos de secretario de gobierno en los Tribunales Superiores de Justicia fijado en el artículo 464.3 LOPJ (libre designación por el Ministerio de Justicia a propuesta del órgano competente de la Comunidad Autónoma).

Excluimos por último dos Sentencias en las que se analiza la inconstitucionalidad mediata de normas autonómicas por contravenir la legislación básica del Estado. Primero, la STC 3/2013, de 17 de enero, señala que el Estado es competente para establecer las excepciones a la colegiación obligatoria que afectan a los empleados públicos, a partir de los artículos 149.1.18.^a (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas), y 1.^a CE (condiciones básicas que tienda a garantizar la igualdad en el ejercicio de derechos y deberes). Se declara la inconstitucionalidad de una norma autonómica que establece una exención de la colegiación obligatoria para los empleados públicos que no está contemplada en la Ley estatal de colegios profesionales (en el mismo sentido se pronuncian las SSTC 46/2013, de 28 de febrero; 50/2013, de 28 de febrero y 63/2013, de 14 de marzo). En segundo lugar, la STC 4/2013, de 17 de enero, que examina la existencia de contradicciones entre la Ley de la Asamblea de Extremadura 2/2002, de 25 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico en Extremadura, y la normativa básica del Estado (constituida por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico y por 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 instalaciones de energía eléctrica).

A) Competencia del Estado para otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación de hidrocarburos cuando afecten al subsuelo marino: el mar territorial no forma parte del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias

La STC 8/2013, de 17 de enero, confirma que el Estado es competente para otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación para encontrar hidrocarburos cuando afecten al subsuelo marino (el Gobierno de Canarias impugnaba la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos). La Sentencia rechaza que la Ley del Estado invada las competencias autonómicas

en materia energética y de ordenación económica, para lo que argumenta que el mar territorial no forma parte del territorio de la Comunidad Autónoma. El Tribunal Constitucional descarta que el Estatuto de Autonomía de Canarias haya configurado el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma integrando las islas y las aguas jurisdiccionales adyacentes. La Sentencia considera que tampoco se dan las condiciones exigidas en la doctrina constitucional para que puedan llegarse a ejercer competencias autonómicas sobre el mar territorial (acuicultura, ordenación del sector pesquero, protección de espacios naturales).

B) Defensa del patrimonio cultural y archivos de titularidad estatal (artículo 149.1.28.^a CE): la restitución a la Generalitat de Cataluña de documentos no constituye una «expoliación» del Archivo General de la Guerra Civil Española

La STC 20/2013, de 31 de enero, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Castilla y León contra la Ley 21/2005, de 17 de noviembre, de restitución a la Generalitat de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la guerra civil custodiados en el Archivo General de la Guerra Civil Española y de creación del Centro Documental de la Memoria Histórica. La Sentencia rechaza que la decisión del Estado de devolver a Cataluña los originales de los documentos suponga una expoliación, prohibida por el artículo 149.1.28.^a CE, porque la obligación de que se realicen copias digitalizadas de los documentos restituidos permite salvaguardar la «función social fundamental» del archivo. La Sentencia añade que «no es posible deducir del artículo 149.1.28.^a CE la existencia de una garantía de la integridad del Archivo General de la Guerra Civil».

En el plano más concreto de la organización de la devolución, la Junta de Castilla y León cuestionaba que la Ley encomendara a la Generalitat la restitución de los documentos incautados en Cataluña a las personas naturales o jurídicas de carácter privado, sosteniendo que la competente debía ser la Administración del Estado. Responde el Tribunal que las competencias de ejecución sobre los archivos de titularidad estatal atribuidas por el Estatuto de Cataluña a la Administración catalana (posibilidad que prevé el artículo 149.1.28.^a CE) amparan que el Estado encomiende a la Generalitat la gestión de la restitución de los documentos.

Sobre los mismos problemas vuelven las SSTC 67/2013 y 68/2013, de 14 de marzo, que desestiman los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por Diputados y Senadores del Grupo Popular.

C) Archivos de titularidad estatal (artículo 149.1.28.^a CE): la integración en «sistemas autonómicos» de fondos ubicados en archivos de titularidad estatal no puede tener incidencia en su regulación

La STC 14/2013, de 31 de enero, se pronuncia sobre un problema distinto: la integración de los fondos ubicados en varios archivos de titularidad estatal (el Archivo de la Corona de Aragón y los archivos históricos provinciales) en el «sistema de archivos de Cataluña» por parte de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos. La Sentencia se remite al fundamento jurídico 73 de la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, para recordar que no contradice el

artículo 149.1.28 CE que los fondos ubicados en archivos de titularidad estatal se integren en sistemas archivísticos de las Comunidades Autónomas, «en cuanto ello implique una calificación que sólo añade una sobreprotección a dichos fondos, pero sin incidencia en la regulación, disposición o gestión de los fondos documentales ni de los archivos en que se ubican». Se declara constitucional la Ley catalana porque se excluye a los archivos de titularidad estatal del ámbito de aplicación de la normativa autonómica.

La misma argumentación y conclusión se repiten en la STC 66/2013, de 14 de marzo, respecto de la Ley de la Comunidad Valenciana 3/2005, de 15 de junio, de archivos. La aplicación de la misma doctrina lleva al Tribunal Constitucional a resultados distintos en la STC 38/2013, de 14 de febrero, donde se analiza la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 7/2004, de 22 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 47 de la Ley 6/1991, de 19 de abril, de archivos y patrimonio documental de Castilla y León. Se declara la inconstitucionalidad del precepto autonómico por no dejar claro que a los archivos de titularidad estatal les es aplicable únicamente la normativa del Estado.

**D) Competencias sobre aguas (artículo 149.1.22.^a y 23.^a CE):
ausencia de calificación expresa sobre el título competencial**

La STC 36/2013, de 14 de febrero, analiza la constitucionalidad del artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modifica el texto refundido de la Ley de aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio). El Tribunal Constitucional califica como incorrección técnica que el precepto cuestionado no identifique los títulos competenciales en los que se apoya, sin establecer diferencias por tanto entre las normas dictadas al amparo de los apartados vigesimosegundo (legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma) y vigesimotercero (legislación básica sobre protección del medio ambiente) del artículo 149.1 CE. La Sentencia descarta que este defecto, «reprochable por lo demás a la entera legislación de aguas», sea motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad del precepto.

Por otra parte, la Sentencia desestima íntegramente el recurso de inconstitucionalidad, reiterando su doctrina previa, en lo concerniente a la posibilidad de que una disposición reglamentaria contenga normas básicas y a la repercusión por parte del Estado en las Comunidades Autónomas de las responsabilidades pecuniarias que pueden derivarse del incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

**E) Legislación básica sobre protección del medio ambiente
(artículo 149.1.23.^a CE) y regulación de los montes. Inconstitucionalidad
de la disposición final por encuadramiento incorrecto de un precepto
en el título sobre investigación científica y técnica (artículo 149.1.15.^a CE)**

La STC 49/2013, de 28 de febrero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña contra la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, no resulta especialmente interesante desde la perspectiva del alcance de la legislación básica sobre medio ambiente. La Sentencia, que declara que una parte importante del recurso ha perdido su objeto por la profunda reforma operada

por la Ley 10/2006, de 28 de abril, no contiene doctrina novedosa y se limita a amparar el carácter básico de los siguientes elementos de la Ley: la regulación de las condiciones en que se permite la sustitución por las Comunidades Autónomas de los convenios de repoblación ya existentes antes de su entrada en vigor, el procedimiento de deslinde de montes de titularidad pública, el carácter positivo del silencio para los aprovechamientos forestales en montes ordenados y la existencia de un mando unificado y de un director técnico para la extinción de cada incendio.

La Sentencia avala también la solución que da la Ley para cohonestar el ejercicio de la competencia de la Administración autonómica para autorizar los aprovechamientos forestales con el de otras competencias concurrentes sobre el mismo espacio físico en el caso de montes que forman parte de los dominios públicos hidráulico, marítimo-terrestre, de carreteras o ferroviario» (o de las zonas de servidumbre o policía de estos dominios). La Sentencia respalda la técnica del informe favorable, según la cual los órganos competentes en la gestión del dominio público deben emitir un informe favorable para que la Administración forestal pueda conceder el aprovechamiento solicitado.

Tan sólo se considera inconstitucional el encuadramiento en la competencia estatal sobre investigación científica y técnica (artículo 149.1.15.^a CE) de un precepto de la Ley relativo a la cooperación interadministrativa en las redes temáticas y parcelas de seguimiento. La Sentencia considera que la selección del título competencial que hace la Ley es errónea, porque «la finalidad de las citadas redes y parcelas de seguimiento es la de recopilar una información fiable sobre el estado de los montes, información que puede estar o no relacionada con una determinada actividad investigadora». La inconstitucionalidad que afecta a la disposición final, en la que se definen los títulos competenciales, no se extiende al precepto sustantivo, que simplemente apela al principio de cooperación interadministrativa.

F) Legislación básica sobre protección del medio ambiente (artículo 149.1.23.^a CE) y facultades de coordinación del Estado

La STC 69/2013, de 14 de marzo, desestima el recurso de inconstitucionalidad recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León contra varios artículos de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y la biodiversidad. La Sentencia resume la jurisprudencia previa sobre el alcance de la legislación básica del Estado en materia de medio ambiente, sin aportar novedades significativas. Sólo impone una interpretación conforme del 66.2 de la Ley, que atribuye al Comité MaB (denominado así por el programa Man and Biosphere de la UNESCO) español la realización de las evaluaciones preceptivas de cada reserva de la biosfera.

La composición y funcionamiento de este órgano aparecen regulados en el Real Decreto 342/2007, de 9 de marzo. Cada una de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio haya alguna reserva de la biosfera tiene la facultad de designar a un representante en el Comité. En las evaluaciones controvertidas participan dos órganos asesores: el Consejo de Gestores de Reservas de la Biosfera, compuesto por representantes designados por los órganos responsables de la gestión de cada una de las reservas, que propone los criterios de evaluación; y el Consejo Científico, compuesto por investigadores, que realiza las evaluaciones. El modelo diseñado para realizar las evaluaciones se justifica, según la

Sentencia, en la facultad de coordinación que corresponde al Estado. Una intervención del Estado en el que ejercicio de funciones ejecutivas que se fundamenta en la necesidad de evitar la fragmentación de la unidad del sistema (se cita la STC 329/1993, de 12 de noviembre). La Sentencia destaca que la Ley debe interpretarse en el sentido de que las facultades de evaluación del Comité «no es excluyente de las funciones que corresponden al propio órgano de gestión de cada reserva de la biosfera», que es competente para «valorar el grado de cumplimiento de los objetivos del Programa MaB».

G) Establecimiento de normas adicionales de protección del medio ambiente: incidencia de la ley de protección contra la contaminación acústica de Cataluña en las competencias del Estado sobre puertos y aeropuertos de interés general (artículo 149.1.20.^a CE) e infraestructuras de transportes (artículo 149.1.21.^a CE)

La STC 5/2013, de 17 de enero, analiza si la inclusión de infraestructuras de comunicación y transporte de titularidad estatal dentro del ámbito de aplicación de la Ley 16/2002, de 28 de junio, de protección contra la contaminación acústica de Cataluña, invade competencias del Estado (artículos 149.1.20.^a y 149.1.21.^a CE). La Sentencia realiza una «interpretación conforme» del artículo 12.4 de la Ley, que consiste en entender que la obligación que se impone a la sociedad que explote un aeropuerto de titularidad estatal de asumir el acondicionamiento de los edificios para cumplir la normativa autonómica sobre ruido se producirá en todo caso de conformidad con la correspondiente evaluación de impacto, evaluación que es aprobada por un órgano estatal.

La Sentencia declara además «inaplicable a las infraestructuras de transporte viario, marítimo y ferroviario de titularidad estatal ya existentes a la entrada en vigor de la ley» el artículo 38.2 de la norma autonómica, que obligaba a la Administración titular de la infraestructura a elaborar un plan de medidas para minimizar el impacto acústico. El Tribunal considera inconstitucional que dicho plan estuviera sometido a la aprobación del Departamento de Medio Ambiente de la Generalitat. La prevalencia del criterio autonómico no asegura, según la Sentencia, la debida ponderación de los intereses eventualmente afectados por la concurrencia competencial sobre el mismo espacio físico

H) Ordenación general de la economía (artículo 149.1.13 CE) y competencias sobre denominaciones de origen: ley de la viña y el vino

La STC 34/2013, de 14 de febrero, recuerda la jurisprudencia previa en materia de denominaciones de origen para resolver el recurso promovido por el Parlamento de Cataluña contra la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la viña y del vino. La competencia autonómica exclusiva en materia de denominaciones de origen aparece enmarcada, según se desprende del Estatuto de Autonomía de Cataluña (tanto del artículo 128 EAC 2006 como del derogado 12.1.5 EAC 1979) y de la doctrina constitucional, por dos competencias estatales. De un lado, la previsión estatutaria de que esta competencia autonómica se ejercerá en colaboración con el Estado y, de otro, la competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica que reconoce al Estado el artículo 149.1.13 CE. La Sentencia se centra en la segunda, porque el Parlamento de Cataluña impugna la

disposición final segunda de la Ley de la viña y del vino, por declarar el carácter básico de diferentes artículos de esta norma.

La Sentencia destaca que el mercado del vino es un sector de gran importancia para la economía española y defiende que «el aseguramiento de la calidad y diversidad de los vinos y el establecimiento de condiciones de competencia leal entre los operadores» deben ser considerados «objetivos de política sectorial que el legislador estatal puede fijar en ejercicio de la competencia para la ordenación general de la economía ex artículo 149.1.13 CE». El canon de enjuiciamiento que aplica la Sentencia consiste en comprobar si los preceptos impugnados «se orientan a asegurar la efectividad de esos principios y no van más allá de lo que ellos exijan, así como que no vacían de contenido la competencia autonómica». El fallo declara la inconstitucionalidad de sólo uno de los preceptos declarados básicos por el legislador e impone una interpretación conforme respecto de otros dos artículos. La Sentencia tiene un voto particular que formula el Magistrado Luis Ortega (y al que se adhieren otros cuatro Magistrados), en el que se comparte el canon de enjuiciamiento pero se discrepa de su aplicación para verificar el carácter básico de varios preceptos de la Ley. Se defiende un examen más exigente, «menos condescendiente con el legislador estatal», en relación específicamente con los artículos 25, 26 y 27 de la Ley 24/2003.

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

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) **Derecho a la vida (artículo 2 CEDH).**
 - a) La falta de investigación oficial sobre los sucesos sucedidos en Timișoara en 1989 supone una violación de los artículos 2 y 3 del CEDH.
 - b) La inadecuada atención médica a un detenido enfermo de SIDA es contraria a los artículos 2 y 3 del CEDH. Incumplimiento medidas cautelares.
 - B) **Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH).**
 - a) Expulsión de un extranjero discapacitado hacia un tercer Estado en el que no se le prestará una asistencia adecuada.
 - b) Derechos de los presos (artículo 3 CEDH): masificación contraria a los estándares del CEDH en las cárceles italianas (CASO PILOTO).
 - C) **Derecho a la libertad y la seguridad (artículo 5 CEDH).**
 - a) Detención de un líder de un grupo de hinchas radicales de fútbol durante la celebración de un partido.
 - D) **Derecho a un proceso justo (artículo 6 CEDH).**
 - a) Alcance de la motivación del fallo de culpabilidad emitido por un jurado.
 - b) La falta de información sobre el cambio de tipificación penal del delito por el que se está acusado lesiona el derecho a un proceso justo.
 - c) Prohibición de que el Tribunal Constitucional acuerde indemnizaciones (artículo 6 en relación con el artículo 14 CEDH). Condena a España.
 - d) Derechos de defensa e imposibilidad de cuestionar a la víctima (artículos 6.1 y 3 CEDH).
 - E) **Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH).**
 - a) El acceso a datos sobre una empresa por parte de las autoridades tributarias que se encuentra en un servidor que es utilizado de manera conjunta por otras compañías no es contrario al CEDH.
 - b) Adopción del hijo de uno de los miembros de la pareja homosexual por el otro miembro con oposición de la anterior pareja (heterosexual) (artículo 8 en relación con el artículo 14 CEDH).

F) Libertad religiosa (artículo 9 CEDH).

- a) La falta de exoneración fiscal de los bienes de una asociación religiosa calificada de secta, sin suficiente previsión legal, viola la libertad religiosa.
- b) Libertad de manifestación de las creencias y uso de símbolos religiosos en la vestimenta de trabajo; y la negativa de los empleados y funcionarios a desempeñar deberes que consideran incompatibles con su conciencia. No basta con la posibilidad de cambiar de trabajo, las restricciones deben ser proporcionadas.

G) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH).

- a) La condena de un activista político por insultar al Presidente francés, es contraria a la libertad de expresión.
- b) Libertad de expresión en lenguas minoritarias (kurdo) en campañas electorales: imposibilidad de sanciones penales.

H) Libertad de reunión (artículo 11 CEDH).

- a) La disolución de Acción Nacionalista Vasca no violó el artículo 11 CEDH sobre libertad de asociación: su proyecto político era incompatible con una sociedad democrática.

I) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH).

- a) Diferencia de trato entre pastores de la Iglesia católica y evangélica a la hora de calcular su jubilación lesiona el artículo 14 CEDH.

J) Derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1.º al CEDH).

- a) La pérdida de derechos sobre un depósito bancario transcurrido un período de prescripción vulnera el derecho a la propiedad si no se informa suficientemente al interesado.

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

A) Derecho de propiedad (artículo 17 CDFUE).

- a) STJ de 15 de enero de 2013, Asunto Josef Krifzan (C-416/10), Recurso de amparo y cuestión prejudicial.

B) Derecho a la tutela judicial efectiva y derecho de defensa (artículos 47 y 48 CDFUE).

- a) STJ de 29 de enero de 2013, Asunto Radu (C-396/11), Orden de detención europea.
- b) STJ de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni (C-399/11). Orden de detención y entrega, condena en rebeldía.

C) Principio *non bis in idem* (artículo 50 CDFUE).

- a) STJ de 26 de febrero de 2013, Asunto Fransson (C-617/10), ámbito de aplicación de la CDFUE (artículo 51 CDFUE).

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A) Igualdad (artículo 14 CE).

- a) Discriminación por razón de orientación sexual: la exigencia de haber tenido hijos en común no es razonable para reconocer un derecho a la pensión de viudedad.
- b) Igualdad ante la ley: cálculo de los periodos de carencia para acceder a pensión de viudedad en el caso de trabajadores a tiempo parcial.

B) Derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE).

- a) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) en relación con el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE). Si no existen sospechas razonables de tortura no resulta exigible mayor actividad instructora.

C) Derecho a la libertad personal (artículo 17 CE).

- a) Derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE) y derecho a la libertad personal (artículo 17 CE). Los registros personales y medios de contención física realizados en centros de internamiento de extranjeros no vulneran estos derechos si se realizan respetando el principio de proporcionalidad, con la finalidad de proteger la seguridad del centro.

D) Derecho a la protección de datos personales (artículo 18.4 CE).

- a) Este derecho puede ser objeto de limitaciones para luchar contra la inmigración ilegal
- b) Forma parte de su núcleo esencial el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos (incluso las imágenes) y con qué fin.

E) Derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (artículo 23.2 CE).

- a) Cargos públicos representativos y disolución de grupos municipales como consecuencia de la ilegalización de un partido político.

F) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

- a) Si la devolución de extranjeros lleva aparejada la prohibición de entrada en España, debe realizarse a través de un procedimiento que respete las garantías de la actividad administrativa sancionadora.
- b) Negativa a plantear cuestión prejudicial comunitaria que se funda en una interpretación razonable de la normativa interna y su compatibilidad clara con el Derecho comunitario.

5. TRIBUNAL SUPREMO.

A) Sala 1.ª, de lo Civil.

B) Sala 3.ª, de lo Contencioso Administrativo.

- a) Derechos Fundamentales.
- b) Extranjería.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En esta crónica se analizan sentencias dictadas en el período de enero a marzo de 2013, con una selección de las más importantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Luxemburgo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en materia de derechos fundamentales. Destacan en este periodo la STEDH García Mateo c. España, en la que se condena a nuestro Estado por la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda imponer indemnizaciones en determinados supuestos y la STJUE de 26 de febrero, caso Melloni, en el que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

A) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH)

- a) *La falta de investigación oficial sobre los sucesos sucedidos en Timișoara en 1989 supone una violación de los artículos 2 y 3 del CEDH*

En la sentencia **Acatrinei y otros c. Rumanía, de 26 de marzo**, el TEDH vuelve a reiterar su jurisprudencia respecto de la obligación por parte de los Estados miembros de aclarar situaciones que han provocado la desaparición y el fallecimiento de numerosas personas, en esta ocasión, respecto de hechos sucedidos en Rumanía durante la represión de las manifestaciones contra el régimen comunista en el mes de diciembre de 1989 en la ciudad de Timișoara.

- b) *La inadecuada atención médica a un detenido enfermo de SIDA es contraria a los artículos 2 y 3 del CEDH. Incumplimiento medidas cautelares*

En la sentencia **Salakhov e Islyamova c. Ucrania, de 14 de marzo**, el TEDH condena a Ucrania, al entender que las autoridades ucranianas habían sido responsables del fallecimiento de un detenido, enfermo de SIDA poco tiempo después de su liberación, debido a la inadecuada atención médica proporcionada tanto en los centros de detención como en el hospital, vulnerando el artículo 2 CEDH, además de por el hecho de haber estado esposado durante el tiempo que estuvo en el hospital, vulnerando en ese caso el artículo 3 CEDH.

Lo que destaca en este caso es que la recurrente, madre del fallecido, había solicitado medidas cautelares al TEDH, medidas que fueron admitidas por el Tribunal y que consistían en que las autoridades ucranianas ingresaran en un centro hospitalario al Sr. Salakhov en plazo de tres días, con el fin de que pudiera recibir atención médica. En este sentido, el Tribunal resalta que Ucrania no cumplió con sus obligaciones derivadas del artículo 34 CEDH, al no cumplir puntualmente con las indicaciones del Tribunal de transferir inmediatamente al Sr. Salakhov a un hospital para recibir un tratamiento adecuado.

B) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH)

- a) *Expulsión de un extranjero discapacitado hacia un tercer Estado en el que no se le prestará una asistencia adecuada*

En el caso **S.H.H. c. Reino Unido, de 29 de enero**, se plantea una cuestión que tiene cierto interés, a pesar de no ser novedosa. En este caso, el demandante era un discapacitado con graves lesiones, que tras solicitar asilo en Reino Unido, iba a ser expulsado hacia su país de origen, Afganistán. El demandante planteaba que su expulsión contravendría el artículo 3 CEDH, en la medida en que Afganistán no proporcionaba ningún tipo de asistencia a los discapacitados, que eran, además, discriminados por el conjunto de la población y, por tanto, incapaces de ganar su sustento y cubrir sus necesidades vitales mínimas si carecían de apoyo familiar.

En aplicación de la doctrina sentada en el asunto **N. c. Reino Unido, de 27 de mayo de 2008** (Justicia administrativa n.º 41), el TEDH subraya que el artículo 3 CEDH puede interpretarse en el sentido de prohibir expulsiones de extranjeros hacia sus países de origen por motivos humanitarios, pero sólo en circunstancias absolutamente excepcionales. En el caso analizado, el TEDH deja claro que las circunstancias del demandante no eran tan excepcionales, en la medida en que no se encontraba enfermo, sino que contaba con una discapacidad importante; y podía contar en Afganistán con el apoyo de dos de sus hermanas, lo que le permitiría cubrir sus necesidades básicas. Además, el TEDH subraya que las autoridades afganas, aunque de forma muy incipiente, estaban desarrollando programas dirigidos a mejorar la calidad de vida de los discapacitados; y que el propio el demandante había residido en Afganistán durante 4 años tras el accidente por el que quedó en su estado actual, lo que parecía demostrar que había conseguido la ayuda necesaria para cubrir sus necesidades vitales. En tales circunstancias, no podía entenderse que la situación fuera tan excepcional como para impedir la devolución.

b) Derechos de los presos (artículo 3 CEDH): masificación contraria a los estándares del CEDH en las cárceles italianas (CASO PILOTO)

La sentencia en el asunto **Torreggiani y otros c. Italia, de 8 de enero**, no destaca tanto porque ponga de manifiesto la violación de la vertiente material del artículo 3 CEDH de los demandantes, presos en una cárcel italiana, sino porque el TEDH declara que la situación de masificación en las cárceles italianas resulta contraria a los estándares del CEDH y que se ha convertido en un problema estructural del Estado italiano. Ante esta realidad el TEDH declara el caso como caso piloto en la materia, lo que implica la paralización de los más de 300 casos que están a la espera de ser estudiados por el Tribunal; asimismo, el Tribunal exige a Italia que continúe en sus esfuerzos por disminuir notablemente la ratio de reclusos por prisión y, además, le otorga un plazo de un año para establecer un remedio efectivo de compensación a las personas presas o expresas a las que se haya reconocido en el ámbito interno la violación de sus derechos por motivo de la masificación.

C) Derecho a la libertad y la seguridad (artículo 5 CEDH)

a) Detención de un líder de un grupo de hinchas radicales de fútbol durante la celebración de un partido

En **Ostendorf c. Alemania, de 7 de marzo**, se plantea el caso de la detención en Comisaría durante cuatro horas de un ciudadano incluido en las bases de datos policiales encargadas del seguimiento de los hinchas de fútbol violentos. El recurrente fue detenido tras desplazarse junto a otros 30 ó 40 hinchas violentos a otra ciudad siguiendo el campeonato de liga. Fue detenido aproximadamente una hora antes del comienzo del partido y puesto en libertad una hora después de concluido éste.

El TEDH considera que la detención estaba amparada por el artículo 5.1.c) en la medida en que, dadas las circunstancias del caso, pareciera que el recurrente estaba preparando la comisión de un delito y que no existía otro medio menos gravoso para su libertad que su detención para evitarlo (era, pues, una medida necesaria). Sin embargo, la

detención no tenía por objetivo someter al detenido a la autoridad judicial competente para determinar su responsabilidad sino que tenía un efecto exclusivamente preventivo. Y es precisamente esta finalidad exclusivamente preventiva la que el gobierno alemán solicita que sea autorizada por la Corte para lo cual ha de cambiar su jurisprudencia anterior sobre la cuestión cosa que el TEDH rechaza considerando que tal jurisprudencia deja suficiente espacio para determinados y concretos supuestos de detención preventiva; entre los que encontramos los previstos en el apartado b) del mismo precepto.

Respecto a la violación alegada del artículo 5.1.b) la Corte considera que la detención sí estaba justificada pues el recurrente dejó claro que no deseaba cumplir su obligación de no provocar altercados, la detención pretendía directamente conseguir ese fin; el objetivo perseguido es compatible con la Convención; fue liberado en cuanto el peligro de comisión del concreto delito pasó y la medida fue proporcional teniendo en cuenta los graves daños derivables de los comportamientos delictivos en preparación (asaltos y ruptura de la paz ciudadana por actuación de grupos de hinchas de fútbol).

D) Derecho a un proceso justo (artículo 6 CEDH)

a) Alcance de la motivación del fallo de culpabilidad emitido por un jurado

El 10 de enero el Tribunal dictó cinco sentencias contra Francia relativas al alcance de la motivación exigida al veredicto de culpabilidad emitido por un jurado: **asunto Angelet**, **asunto Legillon**, **asunto Oulahcene**, **asunto Fraumens**, y **asunto Voica**. En todos ellos, el TEDH recuerda cuáles son los dos principios generales que deben aplicarse a este tipo de supuestos, establecidos en su sentencia de Gran Sala en el caso **Taxquet c. Bélgica**, de 16 de noviembre de 2010. En primer lugar, del auto de procesamiento y de las preguntas realizadas al jurado deben deducirse claramente cuáles han sido los elementos de prueba y las circunstancias de hecho que han llevado al jurado a tomar una determinada decisión; en segundo lugar, las propias preguntas planteadas al jurado para emitir su veredicto deben ser suficientemente detalladas y estar directamente dirigidas al objeto del asunto. Pues bien, tomando como referencia estos principios, el Tribunal de Estrasburgo en los asuntos **Angelet**, **Oulahcene** y **Fraumens** llega a la conclusión de que sí se ha producido una violación del derecho a un juicio justo porque, más allá del veredicto de culpabilidad contenido en el fallo del jurado, no era posible conocer los motivos exactos que habían llevado a tal conclusión de culpabilidad. En cambio, en los casos **Legillon** y **Voica**, el Tribunal concluyó que no se había producido la violación del artículo 6 CEDH porque tanto el auto de procesamiento y el propio desarrollo del juicio oral, así como lo detallado de las preguntas realizadas al jurado permitieron a los condenados condenados deducir claramente cuales eran los motivos de su condena.

b) La falta de información sobre el cambio de tipificación penal del delito por el que se está acusado lesiona el derecho a un proceso justo

En el asunto **Varela Geis c. España**, de 5 de marzo, el demandante, un vendedor de libros en los que se negaba la veracidad del Holocausto nazi, se queja de que fue condenado en segunda instancia por un delito consistente en la difusión de ideas o doctrinas que justi-

fican el genocidio —un crimen que no se incluyó en la acusación y para el que no había sido condenado en el juicio—, a pesar de que él sólo se limitaba a vender los libros y no era autor o editor de los mismos. El demandante considera que se habían lesionado su derecho a un proceso equitativo, especialmente en lo relativo a ser informado sin dilaciones de la acusación.

El demandante había sido condenado por el delito previsto en los artículos 510.1 y 607.2 CP por incitación a la discriminación racial, el odio y la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas o antisemitas y por el delito de «negar» la existencia del Holocausto. Tras esta condena, se produjo una modificación del CP que tipificó como delito de genocidio no el hecho de «negar», sino el de «justificar». A pesar de este cambio, recurrida la inicial condena en apelación, la Audiencia Provincial ratificó la condena de prisión, pero esta vez por el delito, ya no de «negar el Holocausto», sino de «justificación del genocidio».

El TEDH considera en este caso que la Audiencia Provincial debería haber informado al demandante de la «reclasificación» del delito por el que se le acusaba para que éste pudiera ejercer sus derechos de defensa con suficiente antelación. El TEDH recuerda que el artículo 6.3 CEDH garantiza al acusado el derecho a ser informado de manera detallada tanto de la causa de la acusación como de la calificación jurídica de los hechos que se le imputan. Así, toda persona acusada de una infracción penal debe ser notificada cuando se produzca cualquier cambio en la clasificación legal del delito por el que fue condenado con el fin de ser capaz de preparar su defensa. Por este motivo, el TEDH llegó a la conclusión de la violación del artículo 6.1 y 6.3 CEDH.

c) *Prohibición de que el Tribunal Constitucional acuerde indemnizaciones (artículo 6 en relación con el artículo 14 CEDH). Condena a España*

En la STEDH **García Mateos c. España, de 19 de febrero** se plantea un interesante caso de condena a España en cuanto que muestra las insuficiencias derivadas de la imposibilidad, ex artículos 58 y 92 LOTC, de que el Tribunal Constitucional imponga indemnizaciones en determinados supuestos en los que una sentencia constitucional estimatoria devenga inejecutable. El caso, resumidamente, consistía en la negativa empresarial y judicial al otorgamiento de ciertas pretensiones de una trabajadora para conciliar la vida personal y laboral. Frente a esta negativa, el TC estimó el recurso de amparo presentado por violación del artículo 14 CE (mediante STC de 15 de enero de 2007) reenviando las actuaciones al juez *a quo* quien, de nuevo, denegó las pretensiones de la demandante. Esta presentó nuevo recurso de amparo que el Tribunal Constitucional examinó como procedimiento de ejecución de su sentencia anterior, pero el 29 de octubre de 2008 la demandante informó que al cumplir su hijo la edad máxima prevista en la ley para el tipo de pretensiones por ella sustentadas, la ejecución de la antecitada STC devenía imposible por lo que demandó a título alternativo una indemnización. En su ATC 1/2009, de 12 de enero, el TC denegó la petición de indemnización por no estar permitida por el artículo 92 LOTC (con Voto Particular disidente en este punto del magistrado Pérez Tremps). En consecuencia la demandante alega la violación del derecho a un proceso equitativo en plazo razonable (artículo 6.1), a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14) y a un remedio efectivo ante el TC (Artículo 13).

Ante la alegación gubernamental de que la demandante no habría agotado los recursos internos por no haber interpuesto una demanda de indemnización basándola en un error judicial o en un mal funcionamiento de la administración de justicia (bien siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 292 y ss. LOPJ, bien el previsto en el artículo 139 Ley 30/92), el TEDH sostiene que dos recursos de amparo son más que suficientes para considerar cumplido el requisito de agotamiento previo de los recursos, especialmente si el Gobierno no es capaz de presentar ningún caso análogo en el que la petición de indemnización hubiera sido satisfecha. Hubiera sido, en fin, excesivo exigirle al demandante que utilizara también ese procedimiento para considerar los recursos agotados.

Respecto al fondo de la cuestión, el TEDH constata que la protección del derecho de la demandante por el TC ha sido baldía en cuanto no pudo obtener respuesta respecto al fondo que le permitiera la adaptación de su jornada laboral (pues su hijo era ya mayor de 9 años al concluir el procedimiento), ni en cuanto a la indemnización alternativa que al no estar prevista en la LOTC no pudo ser acordada por el tribunal. EL TEDH constata estos datos sin entrar a valorar el régimen de sanciones previsto en la LOTC, pero el caso es que se ha producido con ello la violación del artículo 6.1 en combinación con el artículo 14 CEDH.

Con ello parece que el TEDH ha avalado totalmente la posición del magistrado discrepante en el ATC 1/2009 quien defendió una interpretación de la LOTC en la que el TC pudiera acordar indemnizaciones en los supuestos en los que ésta fuera la única forma de conceder una cierta reparación del derecho afectado lo que abre una muy interesante vía de actuación del TC en su labor reparadora de los derechos cuyo alcance no puede preverse.

d) Derechos de defensa e imposibilidad de cuestionar a la víctima (artículos 6.1 y 3 CEDH)

En **Gani c. España, de 19 de febrero**, el TEDH resuelve un supuesto en el que el recurrente no pudo cuestionar la versión de los hechos por los que fue condenado (lesiones, secuestro y violación de su anterior pareja) realizada por la víctima durante el juicio oral. El motivo fue la incapacidad psicológica (certificada médicamente) de la víctima de hacerlo pese a intentarse en varias ocasiones. Ante tal situación el tribunal decidió dar por reproducidas como pruebas las declaraciones realizadas por la víctima ante el juez instructor. El problema es que en el interrogatorio realizado por el juez instructor el abogado del recurrente no estuvo presente (aunque estaba adecuadamente citado) y, por tanto, no pudo realizar las preguntas pertinentes a la víctima en defensa de su representado. Con ello se plantea una aplicación práctica de la importante doctrina sentada a partir de la sentencia **S.N. c. Suecia** en virtud de la cuál no siempre el artículo 6 garantiza al acusado el derecho a interrogar a un determinado testigo (en especial cuando es víctima) durante el juicio oral. Así, pruebas obtenidas en la investigación policial o en la instrucción judicial pueden ser utilizadas como pruebas (aunque no se reproduzcan en el juicio oral) si el conjunto del proceso es equitativo y si se garantizan los derechos de defensa. El TEDH ha aceptado, en su jurisprudencia, que un testigo no fuera cuestionado directamente por el acusado en los supuestos de testigos protegidos; testigos desaparecidos y testigos que se niegan a constatar para evitar auto-incriminarse siempre y cuando ese no fuera el único motivo de la eventual condena o bien existieran suficientes elementos que compensaran la pérdida de su derecho a cuestionar al testigo en el juicio oral.

El TEDH considera, en primer término, que no puede acusarse al tribunal de falta de diligencia pues hizo todo lo posible por conseguir que la víctima declarara. Sólo después de varios intentos y de que los médicos certificaran la imposibilidad de que lo hiciera, al menos en un plazo razonable, y teniendo en cuenta que el demandante estaba en prisión provisional, aceptó que el recurrente no pudiera examinar a la víctima. Por otra parte, el TEDH aprecia que la declaración de la víctima no fue objeto de contradicción por una imposibilidad médica de hacerlo y porque su abogado no acudió injustificadamente al interrogatorio realizado durante la instrucción. Además, el recurrente conocía los detalles del mismo por lo que pudo en sus propias declaraciones ante el Tribunal contradecirla (cosa que no hizo más que en aspectos menores). En fin, la condena no se sustentó sólo en la declaración de la víctima, sino también en otras pruebas indirectas y en informes periciales que avalaban las declaraciones de la víctima en la instrucción. De todo ello el TEDH deduce que no ha existido violación del artículo 6.1 leído conjuntamente con el apartado 3.º.

E) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)

- a) *El acceso a datos sobre una empresa por parte de las autoridades tributarias que se encuentra en un servidor que es utilizado de manera conjunta por otras compañías no es contrario al CEDH*

En la sentencia **Bernh Larsen Holding AS y otros c. Noruega, de 14 de marzo**, tres sociedades de responsabilidad limitada con domicilio fiscal en Noruega, recurren al TEDH al entender que se han vulnerado los derechos reconocidos en el artículo 8 CEDH, ya que las autoridades fiscales noruegas habían solicitado una copia de todos los datos almacenados en un servidor que era utilizado de manera conjunta por estas compañías, alegando que esa medida fue tomada, su juicio, de manera arbitraria.

En marzo de 2004, las autoridades fiscales regionales noruegas solicitaron a la compañía Bernh Larsen Holding (BLH) permiso para que los auditores fiscales pudieran hacer una copia de todos los datos del servidor informático utilizado por la compañía con el fin de proceder a la auditoría. La compañía autorizó el acceso al servidor, pero se negó a proporcionar una copia de todos los datos que contenía dicho servidor, argumentando que era propiedad de otra empresa y que además era utilizado no sólo ellos sino también por otras empresas para el almacenamiento de la información. Tras acudir a los tribunales nacionales, todos ellos consideraron que, de acuerdo con la legislación nacional, se autoriza la copia de datos para su inspección por parte de las agencias tributarias. Es más, afirmaron que el hecho de que el servidor de utilizara de forma conjunta por varias empresas no justifica negar el acceso a las autoridades fiscales a documentos electrónicos almacenados, de la misma manera que se puede acceder a otros documentos contables.

Las tres empresas acuden al TEDH alegando que la decisión de las autoridades fiscales se había tomado de manera arbitraria y habían violado sus derechos reconocidos en el artículo 8 CEDH.

El Tribunal afirma que permitir que los auditores fiscales accedan y hagan una copia de todos los datos en el servidor utilizado de manera conjunta constituye una injerencia en el «domicilio» y «correspondencia» de acuerdo con el artículo 8 CEDH. El Tribunal

aceptó que la injerencia tenía una base en la legislación nacional, que además, es lo bastante precisa y previsible y que persigue un fin legítimo. Según la legislación nacional las autoridades fiscales están autorizadas a acceder a los archivos de las empresas, incluidos aquellos documentos almacenados electrónicamente, para su revisión. Ahora bien, el Tribunal aclara que el acceso a los documentos ha de tener un objetivo claramente definido, es decir, no se puede exigir el acceso a los archivos que pertenecen a ámbitos diferentes a cuestiones fiscales. Y, en este caso, el Tribunal considera que la revisión de los archivos era un medio necesario para garantizar un control eficaz por parte de las autoridades fiscales y que la justificación aportada por las autoridades noruegas es pertinente y suficiente.

En cuanto a la proporcionalidad de la medida, el Tribunal señaló que el procedimiento de acceso al servidor había sido acompañado por una serie de garantías contra posibles abusos. La compañía B.H.L. había sido notificada, con un año de antelación, de la intención autoridades fiscales de llevar a cabo una inspección fiscal. Sus representantes habían estado presentes y pudieron formular sus quejas ante las autoridades, además de recibir una copia del informe de la auditoría. Además, el Tribunal resalta que una vez concluida la inspección, la copia del servidor debía ser destruida y todos los rastros de los contenidos serían borrados de los ordenadores de las autoridades fiscales y los dispositivos de almacenamiento. En conclusión, el Tribunal consideró que las garantías efectivas y adecuadas contra los abusos habían logrado un justo equilibrio entre el derecho de las empresas a que se respete su «domicilio» y «correspondencia», así como el interés público en asegurar una eficiente inspección con fines impositivos, por lo que considera que no ha habido violación del artículo 8 CEDH.

b) Adopción del hijo de uno de los miembros de la pareja homosexual por el otro miembro con oposición de la anterior pareja (heterosexual) (artículo 8 en relación con el artículo 14 CEDH)

X y otros c. Austria, de 19 de febrero, supone una profundización de las líneas seguidas en **E.B. contra Francia** en que se revocó la aceptación de la diferencia de trato en adopción uniparental por homosexuales frente a heterosexuales contenida en **Fretté c. Francia**.

En el caso, la primera recurrente es la madre del segundo recurrente que solicitan que le sea reconocida la patria potestad a la tercera recurrente, actual pareja de la primera, rompiendo el vínculo paterno-filial entre aquél (el hijo) y la anterior pareja (varón) de su madre. El padre se oponía a la adopción.

El TEDH considera que se encuentra ante un caso de derecho a la vida privada familiar y sitúa la cuestión en términos de no discriminación entre tipos de familias y no en los derechos de los homosexuales. Así, compara en primer lugar la situación de una pareja no casada del mismo sexo y una pareja casada en la que la esposa desea adoptar el hijo de su cónyuge. En tal sentido considera que la situación de una pareja casada legalmente no es igual a la situación de la pareja recurrente por lo que no considera aplicable test alguno de igualdad.

En segundo lugar compara la situación entre una unión de hecho de distinto sexo y una unión de hecho del mismo sexo, como la recurrente, a efectos de adopción del hijo de un miembro de la pareja por el otro. En este caso, el TEDH considera que sí existe una situa-

ción similar. El Estado no demuestra que exista un diferente régimen jurídico para parejas de hecho del mismo o diferente sexo y tampoco que las parejas del mismo sexo sean menos adecuadas para proceder a una adopción. En tal sentido la normativa austríaca permite la adopción por una nueva pareja en el caso de parejas de hecho heterosexuales (incluso con oposición de la anterior pareja) pero no permitía la misma operación en el caso de parejas de hecho homosexuales. El Código Civil, en concreto, establece que la adopción produce la sustitución del padre biológico del mismo sexo. En el caso esto no sería posible porque la adopción por la recurrente sólo podría suponer la ruptura del vínculo parental del hijo con su madre (no con su padre que era lo pretendido por los recurrentes). La adopción no podría servir para crear una relación paterno filiar entre la primer recurrente y el niño además de la relación que le vinculaba con su madre.

Dado ese marco normativo, los tribunales nacionales no pudieron examinar el superior interés del niño. Y esta diferencia de trato se basa en la orientación sexual de dos de los recurrentes.

En casos de distinto trato por orientación sexual, el Estado ha de demostrar la necesidad de la medida. En tal sentido no se ha demostrado que sería perjudicial para el niño ser criado por una pareja del mismo sexo. Es más, la legislación austríaca permite la adopción monoparental (incluida la homosexual) obligando sólo en su caso a que la pareja (homosexual o no) lo acepte, luego acepta que un niño pueda ser criado por una pareja homosexual. El TEDH considera esencial que en el caso austríaco la legislación olvida que la discriminación se extiende hasta hacer imposible que los tribunales nacionales pudieran examinar de alguna manera el mejor interés del menor. De este modo, considera que el Estado no ha sido capaz de demostrar que la medida fuera necesaria para garantizar la familia tradicional (pues se permite en otros supuestos que no son familia tradicional) ni para garantizar el mejor interés del menor (que nos e tiene en cuenta en el proceso judicial). La distinción por ello es discriminatoria.

F) Libertad religiosa (artículo 9 CEDH)

a) *La falta de exoneración fiscal de los bienes de una asociación religiosa calificada de secta, sin suficiente previsión legal, viola la libertad religiosa*

El Caso Iglesia Evangelista Misionera y Salaun c. Francia, de 31 de enero, rechaza que se viole la libertad religiosa por no concederse la exoneración fiscal de los bienes de una asociación religiosa calificada de secta. El Gobierno demandado aducía que la libertad religiosa no permite deducir el derecho de sustraerse al deber constitucional de pagar impuestos sobre sus recursos y, en particular, sobre las donaciones de bienes muebles. El TEDH recuerda su decisión en el **Caso Asociación Testigos de Jehová** donde se sostuvo que el rechazo a la exoneración fiscal de los bienes de esta asociación religiosa no satisfacía las exigencias de previsión legal dada la imprevisibilidad del precepto legal francés entonces en vigor, y afirma que no ve razones para apartarse de este criterio. La Corte Europea se niega a revisar la tacha de discriminación del artículo 14 CEDH, referida a la supuesta arbitrariedad por no haberse invocado este motivo previamente ante las jurisdicciones internas correspondientes. Hay otras sentencias semejantes en este trimestre.

- b) *Libertad de manifestación de las creencias y uso de símbolos religiosos en la vestimenta de trabajo; y la negativa de los empleados y funcionarios a desempeñar deberes que consideran incompatibles con su conciencia. No basta con la posibilidad de cambiar de trabajo, las restricciones deben ser proporcionadas*

Es muy relevante el **Caso Eweida y otros c. el Reino Unido, de 15 de enero**, referido al empleo de símbolos religiosos (la cruz) por los empleados en relaciones laborales o los funcionarios y la negativa de los mismos a desempeñar deberes que consideran incompatibles con su conciencia (artículo 9.1 CEDH). La sentencia es desestimatoria, pero demuestra las dificultades prácticas para ponderar los hechos aplicando criterios o estándares generales, y así cuatro Jueces europeos se dividen al suscribir dos opiniones parcialmente disidentes. Distintas asociaciones de derechos humanos intervinieron en el proceso como terceros.

Los cuatro recurrentes eran cristianos practicantes —quizás puede pensarse con realismo que incluso «activistas» de sus creencias cristianas o cristiano ortodoxas— y se quejaban de que las leyes británicas no habían protegido adecuadamente su derecho a manifestar sus creencias religiosas. La primera, la señora Eweida, era una empleada de British Airways que insistió en vestir una cruz de forma visible en el cuello en la jornada de trabajo. La segunda era una enfermera a la que los empleadores le habían impuesto asimismo restricciones al uso ostensible de la cruz en el cuello en el uniforme de trabajo. La tercera trabajaba en el registro civil municipal de matrimonios y fue sancionada por negarse a inscribir uniones homosexuales; también lo fue el cuarto, un asesor de terapias sexuales que se negó a facilitar sus consejos a parejas homosexuales.

El TEDH utiliza el típico método comparado de Estrasburgo y revisa la legislación sobre el uso de símbolos religiosos en el puesto de trabajo en treinta y seis Estados miembros del Consejo de Europa, tanto para empleados en relaciones laborales como para funcionarios públicos. Asimismo se extiende este método de análisis comparado a los Estados Unidos y Canadá. Se concluye que, en la mayoría de los países, la cuestión no está regulada.

El TEDH recuerda que la libertad religiosa es sobre todo una cuestión de conciencia y de creencias individuales, aunque el contenido de esta libertad incluye la *libertad de manifestación de la religión o las convicciones* en público, por eso el apartado 2.º del artículo 9 CEDH establece que esta libertad no puede ser objeto de más restricciones que las previstas en las leyes siempre y cuando constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática. Pero, debe asimismo valorarse la entidad o gravedad de la interferencia, siendo cierto que no existe interferencia si puede «*eludirse la limitación*» mediante la adopción de ciertos pasos por el afectado. El Tribunal considera que la posibilidad de *cambiar de trabajo* no basta para rechazar la interferencia sino que es necesario asegurarse de la proporcionalidad de la restricción. Desde esta perspectiva, los Estados disponen de un margen de apreciación nacional para decidir si la interferencia es necesaria, que ciertamente no impide una supervisión europea para asegurarse de que las medidas tomadas a nivel nacional sean en principio justificadas y proporcionadas, en particular, ponderando como un todo los intereses públicos o de la comunidad y los privados.

Aplicando esta doctrina se decide, en virtud de los hechos, que no existen lesiones de los derechos afectados en tres de los casos y sí en el primero de ellos. Así a la señora Eweida se le ofreció un puesto administrativo en el que no tuviera que llevar el uniforme de azafata, lo que rechazó, manteniendo la cruz de forma visible, y más tarde incluso British Airways modificó sus normas sobre uniformes mostrando su buena fe. No obstante, los tribunales nacionales concedieron demasiada importancia a la imagen corporativa sin efectuar una ponderación equilibrada de los intereses en juego, ya que la cruz era muy discreta y no dañaba la imagen profesional de la azafata: una «sana sociedad democrática» necesita mantener el pluralismo. En los demás casos no se advierten lesiones. La enfermera trabajaba en un geriátrico y la reglas sobre el uniforme prohibían llevar brazaletes o collares para reducir el riesgo de heridas al manejar o transportar a los pacientes; y la cruz que llevaba la actora era demasiado accesible a los ancianos y producía el riesgo de un arañazo o de un tirón; la protección de la salud es una magnitud que debe prevalecer; las interferencias adoptadas no eran pues desproporcionadas. La empleada del registro municipal, una cristiana ortodoxa que rechazaba las uniones homosexuales (*civil partnership*), se negaba a inscribir estas uniones por repugnar a su conciencia, pero no esgrimió estas objeciones cuando fue contratada y, por otro lado, las autoridades locales deben proteger los demás derechos de los ciudadanos garantizados por el Convenio Europeo. Finalmente, el cuarto recurrente, igualmente cristiano ortodoxo, que fue empleado por una empresa privada y se negaba a dar consejos psicológicos y sexuales a las parejas del mismo sexo, en igualdad de condiciones con las de distinto sexo, y aducía una discriminación directa o indirecta, razón por la cual fue sancionado y despedido. Pero la Corte pondera que el actor se inscribió libremente en un curso de formación en estas materias inspirado en el principio de igualdad de oportunidades y que «filtrar» a los clientes por su orientación sexual no era posible.

Un excelente primer Voto Particular (Jueces Bratza y Thór) niega la violación del derecho de la primera recurrente. Se subrayan tres principios. La libertad de manifestación de las creencias religiosas no se limita a actos de culto sino que incluye otras formas, entre ellas, utilizar símbolos religiosos. Las restricciones a este derecho en los centros de trabajo deben ser justificadas aunque el empleado acepte libremente el empleo o luego se le ofrezca un distinto puesto de trabajo tal y como denunciaban los recurrentes y el TEDH ha admitido. Es menester alcanzar un equilibrio entre los intereses públicos y privados. Sentados estos principio, es verdad que no hay una regulación de la materia en el Reino Unido, pero los tribunales domésticos revisaron con detalle la tacha de discriminación religiosa y la legitimidad del uniforme impuesto por la compañía aérea. Cualquiera que sea la opinión que merezca ese juicio sobre las circunstancias fácticas del caso estuvo razonable y suficientemente argumentado por los jueces británicos y no corresponde al TEDH revisar si la actora debía poder llevar la cruz por fuera y no por dentro del uniforme. El hecho de que la compañía además modificara las normas sobre los uniformes es una evidencia más de que la interferencia en la libertad de conciencia no tuvo una suficiente importancia. Tampoco hubo una discriminación indirecta por impedirle manifestar su fe cristiana a una minoría religiosa, ya que no hubo ninguna otra queja de discriminación de otros miembros de ese grupo entre muchos miles de trabajadores.

Otro Voto disidente niega la violación del derecho de la tercera recurrente. Se trata más de un problema de libertad de conciencia que de libertad religiosa, las segundas están

sometidas a las limitaciones del apartado 2.º del artículo 9 CEDH pero ¿podemos llegar a las mismas conclusiones con la libertad de conciencia? No puede la conciencia justificar el *heroísmo* como ocurrió frente a la Inquisición española o el régimen nacionalsocialista. La funcionaria local cuando fue contratada no tenía entre sus obligaciones la llevanza del registro de parejas del mismo sexo como a diferencia ocurría con el cuarto recurrente, y a juicio de estos Magistrados sufrió un tratamiento discriminatorio por un Municipio que —llega a decirse— «claramente favorecía los derechos de los gay frente a los derechos fundamentales» y estaba «obsesionado por la corrección política». No añadiremos comentarios sobre los improcedentes juicios que estos Jueces hacen a un Gobierno local representativo. Pero el argumento de que el puesto de trabajo no estaba entre las condiciones que el funcionario asumió al acceder al servicio público es relevante.

G) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH)

a) *La condena de un activista político por insultar al Presidente francés, es contraria a la libertad de expresión*

El caso **Eon c. Francia, de 14 de marzo**, se refiere a la condena de Hervé Eon por insultar al presidente de Francia, durante la visita que éste realizó al departamento de Mayenne el 28 de agosto de 2008. En esa visita, el Sr. Eon portaba una pancarta que decía «Casse toi pov'con» (literalmente, «Piérdete, gilipollas»), frase que el propio Presidente había pronunciado varios meses antes, cuando un agricultor se negó a estrecharle mano en un acto y que provocó una enorme polémica en el país galo. Los tribunales nacionales condenaron al recurrente, al entender que el recurrente tenía claramente la intención de ofender al Jefe del Estado, imponiéndole una multa de 30€, sanción que fue confirmada en las diversas instancias jurisdiccionales francesas. El Sr. Eon acude al TEDH invocando la presunta vulneración de la libertad de expresión, consagrada en el artículo 10 CEDH.

El TEDH comienza considerando que podría aceptarse que la frase en cuestión, tomada literalmente, fuera ofensiva para el Presidente francés. No obstante, el Tribunal matiza que este caso debe examinarse en el contexto en el que se produjeron los hechos. Por ello, se centró en lograr el equilibrio necesario entre la limitación de la libertad de expresión del recurrente y el libre debate de asuntos de interés público. En este sentido, el Tribunal considera que la repetición por parte del recurrente de la frase pronunciada previamente por el Presidente, no estaba dirigida contra la vida privada o la honra de éste, ni siquiera tiene, a juicio del Tribunal, la consideración de ataque personal, sino que más bien se trataba de una crítica de naturaleza política, de carácter satírico y recuerda que existe escaso margen respecto de las restricciones a la libertad de expresión en la esfera política. Así, reitera que los políticos, de manera inevitable exponen todas sus palabras y acciones al escrutinio público, y, en consecuencia, tienen que mostrar un mayor grado de tolerancia hacia la crítica dirigida a ellos.

Finalmente, el Tribunal sostiene que las sanciones penales por conductas tales como la mostrada por el solicitante son propensas a tener un efecto negativo sobre los comentarios satíricos en la discusión de asuntos de interés público, siendo ese debate fundamental para una sociedad democrática. Por ello, concluye que la sanción penal impuesta al Sr. Eon

había sido desproporcionada y contraria al artículo 10 CEDH, condenando por ello al Estado francés. No otorga una compensación económica al entender que la declaración de violación del artículo 10 CEDH constituía suficiente satisfacción por el daño moral sufrido por el recurrente.

b) *Libertad de expresión en lenguas minoritarias (kurdo)*
en campañas electorales: imposibilidad de sanciones penales

Es importante el **Caso Sükran Adyin y otros c. Turquía, de 22 de enero**, donde se analiza la libertad de expresión en lenguas minoritarias (kurdo) durante las campañas electorales. El Tribunal por unanimidad entiende violado el Convenio. Cinco recurrentes de nacionalidad turca fueron condenados a penas privativas de libertad aplicando una ley electoral que prohibía el uso de otras lenguas distintas el turco en campañas electorales en radio, televisión o en cualquier otro medio. Una de las recurrentes significativa alegaba que se dirigió a una multitud de kurdos y tomó en consideración que la gente más anciana y las mujeres no entenderían un discurso electoral en turco.

La Corte Europea, tras revisar la ley doméstica y ciertas normas de Derecho Internacional en la materia (el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 2 de la Declaración de Naciones Unidas de 12 de diciembre de 1992 sobre los derechos de las personas que pertenezcan a minorías étnicas, religiosa o lingüísticas; el artículo 5 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural de 2 de noviembre de 2001), vuelve a hacer un análisis de Derecho Comparado al modo de Estrasburgo. Veintidós de los Estados miembros del Consejo de Europa no contemplan sanciones penales por el uso por los candidatos electorales pertenecientes a minorías lingüísticas de sus lenguas.

El TEDH declara «no estar estrictamente convencido» (§ 47) de que las medidas adoptadas por el Estado turco sean interferencias que se correspondan con un fin legítimo, pues la ausencia de suficiente argumentación del Gobierno demandado impide llegar a esta conclusión. Es interesante como la Corte, con habilidad diplomática, se salta uno de los escalones del juicio de proporcionalidad más delicados para seguir su enjuiciamiento en escenarios más sencillos o evidentes. Una aplicación demasiado formalizada del principio de proporcionalidad no siempre es inteligente. A continuación, se analiza la necesidad de la medida y se reconoce que el Convenio Europeo no reconoce expresamente o *per se* el derecho de los ciudadanos a usar la lengua de su elección en las comunicaciones con las autoridades públicas ni siquiera para fines electorales o en asambleas parlamentarias. Las políticas lingüísticas de los países están influidas por una multitud de factores extremadamente complejos y no sería posible encontrar un común denominador; por eso debe reconocerse a los Estados un amplio margen de apreciación. Pero el artículo 10 CEDH garantiza el derecho a dar y recibir información en cualquier lengua, lo que permite participar en un intercambio público de ideas, es en este contexto donde el uso de las lenguas merece protección. El problema no es el reconocimiento de las lenguas minoritarias en los procesos electorales, decisión que queda en las esferas de los Estados, sino si las restricciones establecidas —sanciones penales— son desproporcionadas o innecesarias en una sociedad democrática. De hecho el propio Gobierno demandado admitía haber cambiado ya su legislación en este extremo.

Admitida la violación, la Corte no considera necesario examinar la tacha de discriminación de los kurdos ex artículo 14 CEDH. Una Opinión parcialmente disidente discrepa de esta apreciación y considera además necesario contemplar el asunto desde esta segunda perspectiva, proponiendo la inversión de la carga de la prueba.

H) Libertad de asociación (artículo 11 CEDH)

- a) *La disolución de Acción Nacionalista Vasca no violó el artículo 11 CEDH sobre libertad de asociación: su proyecto político era incompatible con una sociedad democrática*

Es importante para España el **Caso Eusko Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca, de 15 de enero**. La entidad recurrente aducía el carácter no accesible ni previsible de la Ley Orgánica de Partidos Políticos y la vaguedad de los términos de esta Ley que —a su juicio— conllevaría una lesión del principio de seguridad jurídica; se denuncia además su aplicación retroactiva y su carácter de ley *ad hoc* para disolver Batasuna y otras asociaciones afines o continuadoras de la misma.

El TEDH, aplicando lo resuelto en la sentencia **Herri Batasuna y Batasuna c. España**, estima que la injerencia estaba suficientemente prevista en la Ley. Respecto de si el fin pretendido era legítimo en una sociedad democrática, la Corte afirma que el partido fue disuelto para impedir un proyecto político que ponía en peligro con actos concretos la paz civil y el régimen democrático. El TEDH concluye que ANV, al formar parte del entramado Batasuna, ofrece una imagen de sociedad incompatible con el concepto de «sociedad democrática» y la respuesta dada por el Estado demandado puede considerarse derivada de una «necesidad social imperiosa», siendo proporcionada la sanción de la disolución impuesta.

I) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH)

- a) *Diferencia de trato entre pastores de la Iglesia católica y evangélica a la hora de calcular su jubilación lesiona el artículo 14 CEDH*

En el asunto **Manzanas Martín c. España, de 5 de marzo**, el demandante criticaba que a la hora de jubilarse no se tuvieran en cuenta en su pensión sus años como pastor de la Iglesia evangelista.

La diferencia de trato se producía, conforme a la normativa vigente en España, porque mientras los sacerdotes católicos podían solicitar la inclusión de sus años como ministros de culto para el cálculo de su jubilación (asimilándoles a trabajadores asalariados por una Orden del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social de 1977), en el caso de los pastores evangélicos, dicho reconocimiento se produjo unos veinte años más tarde (mediante el Real Decreto 369/1999). En este caso concreto, los Tribunales ordinarios consideraron que el demandante no cumplía las condiciones legales para que le fuera reconocido el derecho a una pensión de jubilación (por las fechas en las que había solicitado y la falta de reconocimiento legal existente en el citado momento), lo que constituiría una cuestión de legalidad ordinaria y no una discriminación con relación a la situación de los sacerdotes católicos.

No obstante, aunque el TEDH considera que la integración de los ministros de culto al Régimen general de la Seguridad Social en momentos diferentes responde a razones objetivas y no discriminatorias, y recuerda que el Estado dispone de un amplio margen de apreciación para introducir de manera progresiva la plena igualdad de las personas en el sistema de pensiones (habida cuenta de las implicaciones económicas y sociales, y de la evolución de los sistemas de Seguridad Social), el Tribunal considera probado en este caso que la diferencia normativa existente constituye una diferencia de trato al demandante, basada sólo en la confesión religiosa, no está justificada en relación al trato reservado a los sacerdotes católicos. Según el TEDH el demandante no dispone de ningún medio para que se tengan en cuenta, a efectos de el cálculo de su pensión de jubilación, sus años de actividad pastoral como pastor evangélico antes de su integración en el régimen de la Seguridad Social, lo que sí se reconoce para los sacerdotes católicos, a los que se les reconoce la posibilidad de completar las anualidades que faltan para alcanzar el período mínimo de cotización mediante el pago por el demandante del capital-coste que corresponda a los años de cotización reconocidos.

Así el TEDH concluye que si bien las razones del retraso en la integración de los pastores evangélicos al Régimen general de la Seguridad Social están incluidas en el margen de apreciación del Estado, no se justifica, sin embargo, las razones por las cuales, una vez efectuada dicha integración, se mantuvo una diferencia de tratamiento entre situaciones similares, basada solamente en razones de confesión religiosa. Por todo lo cual se produce una lesión del artículo 14 CEDH.

A pesar del pronunciamiento del TEDH, se llegó a un acuerdo amistoso entre el Gobierno español y el solicitante

J) Derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1.º al CEDH)

- a) *La pérdida de derechos sobre un depósito bancario transcurrido un período de prescripción vulnera el derecho a la propiedad si no se informa suficientemente al interesado*

En el asunto **Zolotas c. Grecia (n.º 2), de 29 de enero**, el TEDH analiza un supuesto llamativo, en el que un ciudadano griego alegaba la eventual vulneración de su derecho a la propiedad por la pérdida de la cantidad que había ingresado en un depósito en un banco del país. Según el Código Civil griego y un Decreto-Ley del año 1942, transcurridos 20 años sin que el titular de un depósito bancario efectúe movimiento alguno sobre el mismo, sus derechos prescriben y la cantidad correspondiente pasa a manos del Estado. En base a la citada normativa, el demandante perdió sus derechos sobre un depósito bancario que había suscrito en 1981 y cuyo importe ascendía a más de 30.000 euros.

El TEDH subraya que, a pesar de tratarse de un caso de eficacia horizontal de uno de los derechos reconocidos en el Protocolo adicional al Convenio, hay que subrayar que el reconocimiento de ese derecho no sólo impone obligaciones negativas al Estado, sino también obligaciones positivas, que tendrían también consecuencias en relaciones *inter privatos*. Puntualizada esta primera cuestión, el TEDH señala que la pérdida de derechos sobre el citado depósito supuso una injerencia en el derecho a la propiedad del demandante, que sólo podía justificarse en caso de perseguir un objetivo legítimo y arbitrar un

justo equilibrio entre las exigencias vinculadas al interés general y las relacionadas con la protección del derecho del demandante. En esta línea, el TEDH señala que la normativa indicada perseguía el objetivo legítimo de garantizar la seguridad jurídica, previendo la liquidación de relaciones jurídicas que se hubieran iniciado en un momento excesivamente lejano en el tiempo.

No obstante, el TEDH subrayaba la falta de proporción entre el objetivo perseguido y los medios empleados: el TEDH señalaba así que el demandante recibió puntualmente información del banco respecto de los intereses producidos por su depósito, por lo que podía esperar razonablemente recibir el capital y los intereses generados en el momento en el que los reclamara. Sin embargo, no ocurrió así, ya que cuando acudió a su oficina bancaria para recuperar su dinero, el banco le informó de la existencia del período de prescripción reseñado. Dado que el banco no informó al demandante de la existencia de ese período de prescripción antes de ese momento, el TEDH estimaba vulnerado el artículo 1 del Protocolo adicional, al considerar que el Estado griego no ponderó adecuadamente todos los intereses en juego, imponiendo al banco la obligación de informar a sus clientes de la existencia de ese período de prescripción, de la posibilidad de perder sus bienes, y de cómo podía interrumpirse.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Derecho de propiedad (artículo 17 CDFUE)

a) *STJ de 15 de enero de 2013, Asunto Josef Krifzan (C-416/10), Recurso de amparo y cuestión prejudicial*

El asunto trae causa de la aplicación del Convenio de Aarhus, sobre acceso a la información, la participación del público en el medio ambiente y el acceso a la justicia, a un conflicto entre el Ayuntamiento de Pezinok y sus ciudadanos, a propósito de la instalación de un vertedero.

La cuestión realmente de interés es el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional de Eslovaquia. El Tribunal Supremo consideró que ni se habían respetado los derechos a la participación del público, ni se habían evaluado correctamente las consecuencias medioambientales del vertedero. Ambas cuestiones suponían, a su juicio, una violación de la normativa de la UE. Por este motivo, suspendió la autorización concedida por el municipio para construir el vertedero.

El asunto llega al TC que mantiene la posición contraria. De acuerdo con el TC, el TS no ha respetado el derecho de propiedad reconocida en la Constitución nacional y en el CEDH. Por tanto, le devuelve el asunto al TS para que decida de manera conforme con la Constitución.

El TS considera que esta interpretación vulnera el Derecho de la UE y eleva cuestión prejudicial preguntando sobre la correcta interpretación de la normativa de la UE aplicable al caso, sobre su vinculación a la decisión del TC y su propia potestad para elevar prejudicial.

El TJ considera que la interpretación del derecho de la UE llevada a cabo por el TS era correcta y que el municipio la estaba incumpliendo. Respecto de la potestad del TC, afirma que una «norma nacional de derecho procesal» no puede poner en entredicho la capacidad de un órgano jurisdiccional para elevar una cuestión prejudicial. Elevada dicha cuestión prejudicial, la jurisprudencia del TJ será vinculante y no puede dejarse de aplicar por la decisión de ningún tribunal interno. Es más, el TS es un órgano jurisdiccional ante el que no caben ulteriores recursos, por tanto está obligado a elevar prejudicial conforme al Artículo 267 TFUE. De hecho, la posibilidad de recurso de amparo frente a una decisión del TS en defensa de los derechos fundamentales en nada modifica esta posición de los TS como órganos jurisdiccionales contra los que no cabe recurso.

B) Derecho a la tutela judicial efectiva y derecho de defensa (artículos 47 y 48 CDFUE)

a) STJ de 29 de enero de 2013, Asunto Radu (C-396/11), Orden de detención europea

Las autoridades judiciales alemanas solicitaron a la Corte de apelación de Constanza la entrega del Sr. Radu por haber cometido diversos robos con violencia en varias ciudades alemanas. El Sr. Radu afirma que las autoridades rumanas deben comprobar si el Estado alemán respeta los derechos garantizados en el CEDH y en la CDFUE.

La Corte de Apelación eleva prejudicial haciendo hasta seis preguntas acerca de la obligación de entregar a una persona en aplicación de la Orden de Detención ante una hipotética violación de los derechos reconocidos en el CEDH y en la CDFUE. Sin embargo, el TJ no contesta ninguna. De hecho, el Sr. Radu había concretado que no se le podía entregar porque no se le había concedido una audiencia en el Estado alemán y ello vulneraría los artículos 6 CEDH y 47 y 48 CDFUE. Esta cuestión es la única que contesta el TJ.

Recuerda el TJ que no se puede denegar una orden de detención más que por los motivos previstos en la Decisión Marco. Respecto del derecho a ser oído, garantizado por el artículo 6 CEDH, se «consagra actualmente» en los artículos 47 y 48 de la CDFUE y «procede referirse a estas disposiciones de la Carta».

La decisión marco establece que la persona tendrá derecho a ser oída en el Estado miembro que ejecuta la orden de detención, pero no en el Estado que la reclama. Esta previsión respeta los derechos recogidos en la CDFUE, de manera que no se puede denegar la entrega de una persona por no habersele concedido audiencia en el Estado emisor porque la Carta no lo exige y la Decisión Marco no lo permite.

b) STJ de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni (C-399/11). Orden de detención y entrega, condena en rebeldía

El Tribunal de Ferrara solicitó la extradición del Sr. Melloni a las autoridades judiciales españolas por un delito de fraude. La Audiencia Nacional la decretó procedente y dejó en libertad bajo fianza al Sr. Melloni, pero éste huyó y no se presentó en el juicio. Como

consecuencia fue condenado en ausencia, si bien fue defendido por dos abogados que él había designado. Tras condenarle a diez años de prisión las autoridades judiciales italianas vuelven a reclamar su entrega con base en la orden de detención europea. La Audiencia Nacional la vuelve a conceder, y el Sr. Melloni acude en amparo ante el TC al considerar que su entrega vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que ha sido condenado en ausencia y no cabe recurso alguno contra dicha condena. Su petición se basa en la jurisprudencia del TC que considera que no puede concederse una extradición en los casos de condena en ausencia cuando no quepa recurso contra dicha condena.

El TC decide elevar prejudicial y pregunta, fundamentalmente, si la Decisión Marco es compatible con los artículos 47 y 48 CDFUE y, si lo fuera, si cabría denegar una orden de detención sobre la base de los derechos reconocidos en el ordenamiento nacional en virtud del artículo 53 CDFUE.

Respecto de la primera cuestión el TJ pone de relieve que la previsión de entrega de personas condenadas en ausencia en la normativa de la UE cumple con el CEDH, ya que esta entrega tendrá lugar solo si la persona ha sido inequívocamente informada y ha sido defendida adecuadamente por un letrado. En consecuencia la Decisión Marco no vulnera los artículos 47 y 48 CDFUE.

En cuanto al artículo 53 CDFUE, en principio, permite que los Estados apliquen un estándar de los derechos más elevado que el de la CDFUE. Sin embargo, el TJ afirma que esta interpretación no cabe si pone en peligro la primacía y eficacia del derecho de la Unión.

El estándar nacional solo se podrá aplicar si no afecta el nivel previsto en la CDFUE, que define el TJ, ni «a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión». En este caso, la Decisión Marco solo permite la denegación por los motivos en ella misma establecidos, y éste ha sido el consenso de los Estados. En consecuencia, no cabe invocar el artículo 53 CDFUE para denegar la orden de entrega. La jurisprudencia del TC debe ceder, a juicio del TJ, frente a la Decisión Marco.

C) Principio *non bis in idem* (artículo 50 CDFUE)

a) *STJ de 26 de febrero de 2013, Asunto Fransson (C-617/10), ámbito de aplicación de la CDFUE (artículo 51 CDFUE)*

El Sr. Fransson fue acusado de infracción fiscal grave por haber dado información inexacta en su declaración del IVA, y se inició contra él un procedimiento penal. Sin embargo, por estos mismos hechos había sido ya sancionado por la vía contencioso-administrativa. El Sr. Fransson considera que se está vulnerando el principio de *non bis in idem* recogido en el artículo 4 Protocolo 7 CEDH y artículo 50 CDFUE. El tribunal de primera instancia eleva prejudicial planteando diversas cuestiones de interés.

- a. Conforme al derecho sueco, debe existir una base clara en la jurisprudencia del TEDH para inaplicar una disposición nacional contraria al principio del *non bis in idem*. Pregunta el juez nacional si es compatible esta previsión con el Derecho de la UE. De este modo vuelve al TJ la cuestión sobre el rol del CEDH tras la

entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El TJ se remite al Asunto Kamberaj (ya comentado en esta sección) y recuerda que no ha cambiado la posición del CEDH en el Derecho de la UE. El artículo 6 TUE no confiere primacía ni eficacia directa al CEDH, y corresponde a los ordenamientos nacionales decidir la posición que el CEDH tiene en su sistema.

- b. El ordenamiento sueco no considera contrario al *non bis in idem* que coexistan una sanción administrativa y una penal por los mismos hechos, la pregunta es si sería compatible con el artículo 50 CDFUE. La pregunta tiene un elevadísimo interés porque no todos los Estados miembros han ratificado el Protocolo 7 CEDH, de manera que el CEDH no es un claro parámetro de interpretación. El TJ no entra a esta cuestión, sino que recuerda su propia jurisprudencia sobre sanciones tributarias, conforme a la cual sólo cabrá hablar de principio de *non bis in idem* cuando la infracción tributaria tenga naturaleza penal. Y esta naturaleza penal se determina conforme a la calificación de la misma en el derecho interno, la naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción. El análisis de estos factores corresponde al juez nacional, que se vuelve a convertir en colaborador necesario del TJ en materia penal.
- c. Sin duda la cuestión de mayor interés es si era de aplicación la CDFUE. Los Gobiernos sueco, checo, danés, irlandés, neerlandés y la Comisión consideraban que no podía aplicarse la Carta porque la sanción que se le había impuesto al Sr. Fransson derivaba de una norma nacional que no se había aprobado para aplicar derecho de la Unión. El TJ recuerda que, conforme al artículo 51 CDFUE, la Carta se aplica en todos los supuestos regulados por el Derecho de la UE. En otras palabras, la aplicación del Derecho de la Unión conlleva la aplicación de la Carta.

Ahora bien, este caso deriva de una infracción en la declaración del IVA y la normativa de la Unión relativa al IVA establece que los Estados tienen la obligación de garantizar que el IVA se perciba íntegramente en su territorio. Además, los Estados deben combatir las actividades ilegales que afecten intereses financieros de la UE (artículo 325 TFUE). En consecuencia, existe una relación entre la recaudación del IVA en los Estados y los recursos de la Unión, de manera que los recargos impuestos a Fransson constituyen una aplicación de la Directiva del IVA y del artículo 325 TFUE.

La CDFUE es aplicable porque la ley nacional permite dar cumplimiento de la normativa e intereses de la Unión, aunque no fuera aprobada en aplicación de normativa de la UE. La *vis expansiva* de la CDFUE es evidente.

No obstante, el TJ considera que en estos supuestos sí serán de aplicación los estándares más elevados de los Estados, ya que la normativa del Estado no está completamente determinada por el Derecho de la Unión, siempre que no se afecte la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión.

De la lectura conjunta de esta sentencia y el caso Melloni (arriba comentado) se desprende que el artículo 53 CDFUE solo será de aplicación cuando la normativa de la UE no predetermine el espacio del legislador nacional de manera absoluta. En definitiva, el artículo 53 CDFUE no permite que la primacía y uniformidad del Derecho de la Unión sean cuestionados.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A) Igualdad (artículo 14 CE)

- a) *Discriminación por razón de orientación sexual: la exigencia de haber tenido hijos en común no es razonable para reconocer un derecho a la pensión de viudedad*

La **STC 41/2013, de 14 de febrero**, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad respecto a la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Esta reconoce, excepcionalmente, derecho a la pensión de viudedad cuando, entre otros requisitos, el causante hubiese fallecido antes del 1 de enero de 2008, éste y el beneficiario hubiesen tenido una convivencia ininterrumpida como pareja de hecho de, al menos, seis años antes del fallecimiento del causante y tenido hijos en común.

Esta última exigencia de los hijos comunes supondría, a juicio del juzgado promovedor de la cuestión, una discriminación indirecta por causa de orientación sexual, pues tal requisito sería de difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho del mismo sexo: además de la imposibilidad biológica de engendrar, las parejas homosexuales no han tenido derecho a adoptar conjuntamente o a adoptar individualmente al hijo del conviviente hasta 2005.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, enjuicia desde la perspectiva de la cláusula general de igualdad, examinando si la diferencia de trato que establece la Ley entre parejas de hecho con hijos en común y parejas de hecho sin hijos en común responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada. A este respecto, señala, nada aporta la Exposición de Motivos de la Ley enjuiciada. Descarta, también, el argumento del Fiscal General y del Abogado del Estado de que la descendencia común sirve para evitar reclamaciones abusivas, pues acredita de manera inequívoca una efectiva y estable convivencia *more uxorio*. Razona el Tribunal que la circunstancia de haber tenido hijos en común ni acredita una estabilidad de la unión de hecho ni constituye el único medio de prueba de dicha estabilidad.

Tampoco considera que el requisito discutido encuentre justificación objetiva y razonable en una pretendida finalidad de otorgar protección social a una concreta situación de necesidad. Tal y como está configurado el requisito, no sirve para tal función, pues únicamente exige que se hayan tenido hijos en común para acceder a la pensión de viudedad, sin importar si todavía viven o están a cargo del superviviente. La finalidad de la pensión parece más bien resarcir frente a la minoración de ingresos que se produce a la muerte del causante. Desde esta perspectiva, el requisito de tener hijos en común no lo podían cumplir las parejas que, por razones biológicas o jurídicas, no podían tener hijos, produciéndose un resultado desproporcionado al excluirlas de la protección. Aplica esta doctrina reseñada la **STC 55/2013**, de 11 de marzo, para resolver un recurso de amparo.

Esta Sentencia cuenta con Voto Particular del Magistrado Pérez de los Cobos Orihuel, al que se adhieren Rodríguez Arribas, Ollero Tassara y González Rivas.

- b) *Igualdad ante la ley: cálculo de los periodos de carencia para acceder a pensión de viudedad en el caso de trabajadores a tiempo parcial*

La **STC 61/2013, de 14 de marzo**, estudia la compatibilidad con el artículo 14 CE de la regulación del cálculo de los periodos de cotización necesarios para causar derecho a

la prestación de jubilación en el contrato a tiempo parcial que se contienen en la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social.

A pesar de haber mejorado técnicamente la regulación anterior, la norma impugnada sigue manteniendo una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, basada en la aplicación de un criterio de proporcionalidad referido no solo a la cuantía de las bases reguladoras sino también al cálculo de los períodos de carencia. De este modo, computaba únicamente las horas efectivamente trabajadas en lugar de computar cada día trabajado como un día completo.

El Tribunal Constitucional concluye de que la diferencia de trato en el cómputo de los periodos de carencia que experimentan los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una proporcionalidad entre la medida adoptada y el resultado producido y la finalidad pretendida. De hecho, cuando el trabajo a tiempo parcial no constituye un episodio excepcional en la vida laboral del trabajador y cuando la jornada habitual del mismo no resulta muy elevada, la aplicación de la regla disputada constituiría un obstáculo desproporcionado para su acceso a la pensión de jubilación. Habida cuenta del alto porcentaje de trabajadoras a tiempo parcial (representan alrededor del 80% del total de asalariados a tiempo parcial), concluye también el Tribunal Constitucional que se produce una discriminación indirecta por razón de sexo.

Deben resaltarse, por último, los problemas que causa para el Poder Judicial esta sentencia, pues limita a eliminar del ordenamiento jurídico la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, pero deja a los órganos judiciales integrar la laguna que genera dicha nulidad. Esta cuestión resulta preocupante, además, cuando el control de la norma con rango de ley se ha producido como consecuencia de la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad.

B) Derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE)

a) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) en relación con el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE). Si no existen sospechas razonables de tortura no resulta exigible mayor actividad instructora

La **STC 12/2013, de 28 de enero**, deniega el amparo solicitado contra el sobreseimiento provisional de unas actuaciones judiciales en un caso de denuncia de torturas. El Tribunal recuerda doctrina anterior tanto propia como del TEDH en el sentido de que «vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que no se abra o que se cierre la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas».

En este caso, el Tribunal analiza los testimonios de médicos forenses que examinaron al demandante de amparo cuando fue detenido y concluye que no hubo indicios de que hubiera sido víctima de torturas o tratos inhumanos o degradantes. Asimismo, considera que el hecho de que el mismo demandante tardara tres meses en presentar una denuncia por torturas a partir del momento en que fue detenido es un indicio que hace poco razonable la sospecha de que se produjeran tales torturas.

El Voto Particular del Magistrado D. Pablo Pérez Tremps, al que se adhiere D. Luis Ignacio Ortega Álvarez, considera que el control de constitucionalidad de la resolución judicial que cierra tempranamente un procedimiento de denuncia de torturas debe versar sobre el cumplimiento del canon reforzado de motivación exigible a dicha resolución.

C) Derecho a la libertad personal (artículo 17 CE)

- a) *Derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE) y derecho a la libertad personal (artículo 17 CE). Los registros personales y medios de contención física realizados en centros de internamiento de extranjeros no vulneran estos derechos si se realizan respetando el principio de proporcionalidad, con la finalidad de proteger la seguridad del centro*

En su Fallo 2.º a), la **STC 17/2013, de 31 de enero**, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco contra diversos preceptos de la LO 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma varias Leyes Orgánicas, entre ellas, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), decide sobre la constitucionalidad del artículo 62 quinquies 1 de la Ley de Extranjería, que establece que «las actuaciones de vigilancia y seguridad interior en los centros podrán suponer, en la forma y con la periodicidad que se establezca, inspecciones de los locales y dependencias y, siempre que fuera necesario para la seguridad en los centros, registros de personas, ropas y enseres de los extranjeros internados».

Se trata de un Fallo interpretativo, que considera que es conforme a la Constitución si se interpreta en los términos del Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia, según el cual «únicamente podrá adoptarse cuando resulte imprescindible ante concretas situaciones que pongan en riesgo la seguridad del establecimiento, viniendo obligada la Administración a justificar en cada caso la adopción de la medida y su alcance, así como a informar al afectado de la dimensión y la intensidad del registro».

El Tribunal decide también la conformidad con la Constitución del artículo 62 quinquies 2 LOEx, que se refiere a la eventual utilización de medios de contención física personal y separación preventiva del extranjero agresor en habitación individual. Considera que dichas medidas están previstas en la Ley para supuestos concretos, bien determinados, y que su aplicación, dotada de suficientes garantías, se justifica en aras de la finalidad legítima de mantenimiento del orden y la seguridad del centro de internamiento.

El Voto Particular disiente de estos Fallos pues considera que «la ausencia de una regulación de elementos esenciales que garanticen que la aplicación de las medidas de coerción se va a realizar de manera respetuosa con el principio de proporcionalidad y, muy especialmente, la carencia de una limitación temporal máxima absoluta para la medida de separación preventiva hubieran debido de ser determinantes para que se declarara la inconstitucionalidad de este precepto».

D) Derecho a la protección de datos personales (artículo 18.4 CE)

- a) *Este derecho puede ser objeto de limitaciones para luchar contra la inmigración ilegal*

La mencionada **STC 17/2013, de 31 de enero**, estudia un grupo de preceptos desde la óptica del derecho a la autodeterminación informativa del artículo 18.4 CE. Dichos preceptos son los siguientes: artículo 66 LOEx (que establece la obligación de las empresas de transporte de comunicar a las autoridades los datos de los pasajeros que vayan a ser trasladados); disposición adicional quinta LOEx (que impone a las Administraciones públicas que conserven ficheros de datos —tributarias, de Seguridad Social y padrón municipal— la obligación de facilitar dichos datos a la Administración General del Estado en los procedimientos de extranjería y sin que sea necesario el consentimiento de los interesados); artículo 16.3 de la Ley de Bases de Régimen Local —LBRL— (que prevé la cesión de datos del padrón municipal para la misma finalidad) y disposición adicional séptima LBRL (sobre el acceso de la Dirección General de la Policía a los datos de la inscripción patronal de los extranjeros por vía telemática).

La Sentencia desestima la inconstitucionalidad de los artículos 66 LOEx y 16.3 LBRL y declara que la disposición adicional quinta LOEx y la disposición adicional séptima LBRL son conformes a la Constitución si se interpretan en la forma que indica el Tribunal en los Fundamentos Jurídicos 7 y 9. En el FJ 7, el Tribunal establece que la cesión de datos a que se refiere la disposición adicional quinta LOEx deberá realizarse de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de Datos (salvo en lo que se refiere al consentimiento de los interesados) y con la finalidad legítima de cumplir lo dispuesto en la Ley de Extranjería. En el FJ 9 la Sentencia impone que el acceso de la Policía a los datos mencionados deberá hacerse de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad, es decir, motivando la necesidad del mismo en cada caso concreto y evitando los accesos masivos e indiscriminados, todo ello en aras del cumplimiento del fin constitucionalmente legítimo de control de la inmigración ilegal.

En su bien fundamentado Voto Particular, el Magistrado don Pablo Pérez Tremps y tres Magistrados más que se adhieren manifiestan su discrepancia en lo que se refiere al acceso de la Policía a los datos de los extranjeros inscritos en el Padrón. A su juicio, la interpretación conforme que realiza la Sentencia pretende colmar la indeterminación de una Ley que continúa siendo profundamente indeterminada y que no se ajusta a un apropiado juicio de proporcionalidad. Citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, expresan que la indeterminación de una ley que regula una medida restrictiva de derechos fundamentales no puede ser suplida por una interpretación conforme porque vaciaría de contenido el principio de reserva legal que tan claramente invoca la jurisprudencia constitucional previa en materia de protección de datos personales.

- b) *Forma parte de su núcleo esencial el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos (incluso las imágenes) y con qué fin*

La **STC 29/2013, 11 de febrero**, estima el recurso de amparo interpuesto por un trabajador de la Universidad de Sevilla contra la Sentencia del TSJ de Andalucía y sentencias

concordantes que convalidaron la sanción laboral que le había sido impuesta. El demandante consideró que se había vulnerado su derecho fundamental a la protección de datos personales al haber instalado la Universidad cámaras de video-vigilancia en los pasillos y zonas comunes con el objeto de controlar la actividad laboral de sus trabajadores sin informar de dicha instalación y grabación.

El Tribunal considera fuera de toda duda que las imágenes grabadas en un soporte físico constituyen un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura del artículo 18.4 CE, ya que este derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que permitan la identificación de la persona y que puedan servir para la confección de su perfil y cita, a estos efectos, legislación española y europea. Aplicando, asimismo, la doctrina sentada en la STC 292/2000, distingue el ámbito de protección específico del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE del ámbito de protección del derecho a la protección de datos personales del artículo 18.4 CE para concluir que, en este caso, era este segundo derecho el que estaba en juego.

Comoquiera que el derecho a la protección de datos incluye el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos y con qué fin (incluso en aquellos casos en que existe habilitación legal para prescindir del consentimiento) y que no se facilitó dicha información, el Tribunal considera que se vulneró el artículo 18.4 CE y anula las Sentencias impugnadas y la resolución rectoral que impuso la sanción al trabajador utilizando como única prueba las grabaciones controvertidas.

E) Derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (artículo 23.2 CE)

a) Cargos públicos representativos y disolución de grupos municipales como consecuencia de la ilegalización de un partido político

Argumenta la **STC 10/2013**, de 28 de enero, que si bien la constitución de grupos municipales pertenece al núcleo de la función representativa y, por lo tanto, protegida por el artículo 23.2 CE, este derecho no resulta absoluto y el legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa para prever su disolución como consecuencia de la ilegalización de un partido político. De este modo, considera que la decisión de disolver los grupos municipales de ANV/EAE, adoptada por el Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 19 de enero de 2010, estaba prevista tanto por la Ley Orgánica de Partidos políticos, que impide en su artículo 12.2 la eficacia futura de actuaciones realizadas por el partido ilegalizado antes de su disolución y en el artículo 73.3 de la Ley de bases del régimen local, que establece que los concejales que no se integren en el grupo municipal que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos, tendrán la consideración de concejales no adscritos. Concluye, por último, que no hay vulneración de los derechos del 23.2 CE pues aunque la disolución del grupo municipal afecta a algunas facultades de los concejales electos, no excluye su participación en la toma de decisiones del Ayuntamiento ni su capacidad de control del ejercicio del poder municipal.

F) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)

- a) *Si la devolución de extranjeros lleva aparejada la prohibición de entrada en España, debe realizarse a través de un procedimiento que respete las garantías de la actividad administrativa sancionadora*

El único Fallo estimatorio de la **STC 17/2013, de 31 de enero**, se refiere al inciso del artículo 58.6 de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEx) que establece: «Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años», introducido por la LO 14/2003.

El Tribunal considera que, aunque la devolución de los extranjeros no es una sanción en sí misma, si lleva aparejada la prohibición de entrada por un período de tres años, tiene una naturaleza propia de sanción administrativa impuesta por el incumplimiento de las condiciones para la entrada y permanencia en España. Y, como tal, debe ser aplicada con las garantías de una actuación administrativa sancionadora: deber de motivación, principio de contradicción, audiencia del interesado y demás garantías del artículo 24 CE, por lo que se declara inconstitucional ese inciso.

- b) *Negativa a plantear cuestión prejudicial comunitaria que se funda en una interpretación razonable de la normativa interna y su compatibilidad clara con el Derecho comunitario*

STC 27/2013, de 11 de febrero de 2013 (Sala Primera). Este recurso de amparo reviste el interés objetivo de determinar si la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional relativa a las cuestiones prejudiciales es extensible o no, y, en su caso, en qué términos, a supuestos en los que la falta de remisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tiene como efecto aparejado la inaplicación de norma legal interna alguna (circunstancia que sí se daba en los asuntos resueltos hasta la fecha), sino que, por el contrario, da lugar a la aplicación de la disposición interna controvertida porque se considera que es compatible con la norma europea sobre cuya interpretación se han proyectado las dudas.

El Tribunal Constitucional considera que la negativa de los tribunales ordinarios a plantear la cuestión prejudicial no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues, de un lado, aquella negativa se fundamentó en una interpretación no irrazonable, no arbitraria ni incurso en error patente sobre el régimen jurídico de la cuestión de fondo (Reglamentos comunitarios sobre cultivo del cáñamo) que llevó a la conclusión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa interna, tanto en su misma existencia como «complemento normativo», como en su contenido (exigencia de rotación de cultivos), algo que el Tribunal Constitucional no ha de revisar al no ser una tercera instancia; y de otra parte, se funda la negativa judicial también en una interpretación razonable y motivada del régimen jurídico del planteamiento de la cuestión prejudicial, y que sigue además la propia doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia sobre el «acto claro» que excluye la necesidad de planteamiento del reenvío judicial.

Además, el Tribunal Supremo no ha dejado sin aplicar ni la norma interna en cuestión, ni la norma europea, y tampoco ha entrado a realizar un juicio de validez de la norma europea aplicada. Siguiendo su lógica argumentativa, no existiría contradicción aparente entre las normas europeas e internas, por lo que ambas podrían operar de forma simultánea y compatible en la solución del litigio. En consecuencia, dice el Tribunal Constitucional, dado que no hay inaplicación de norma interna alguna no resulta extensible al caso la doctrina contenida en las SSTC 58/2004, de 19 de abril, y 78/2010, de 20 de octubre, y por ello tampoco hay infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

Se descarta igualmente la existencia de error patente, o defectuosa motivación, pues si bien existen en la sentencia del Tribunal Supremo errores de cita o de referencia o la alusión a un motivo de casación inexistente, se trata de inexactitudes que, además de puntuales, carecen de relevancia pues el examen de la Sentencia impugnada pone claramente de manifiesto que la razón de la decisión se fundó en la validez y ajuste al Derecho comunitario de la normativa interna de aplicación.

5. TRIBUNAL SUPREMO

A) Sala 1.^a, de lo Civil

a) *Vulneración del derecho al honor (artículo 18 CE) derivada de la inclusión en un «fichero de morosos» por el supuesto impago de una deuda dudosa*

En la **STS 176/2013**, de 6 de marzo, Sala Primera, ponente Juan Antonio Xiol Ríos, el TS considera vulnerado el derecho al honor de la demandante, que había sido incluida en dos ficheros de insolventes a instancias de la entidad bancaria Caja Duero. La caja cedió los datos referidos al impago de una supuesta deuda de 229 euros, con la que la demandante no estaba de acuerdo, ya que se derivaban de una serie de contratos que la demandante afirmaba haber cancelado. El TS comenzaba su razonamiento recordando que la inclusión en un «fichero de morosos» supone un claro desprestigio y conlleva un descrédito para la persona afectada, de modo que tal injerencia en el derecho al honor sólo puede reputarse legítima cuando los datos incluidos sean veraces. En ese sentido, el TS recuerda las exigencias que recoge tanto la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, como su Reglamento de desarrollo, en relación con el tratamiento de datos sobre solvencia patrimonial y crédito y señala que, según ambas normas, tan sólo procede la inclusión de una persona en un «fichero de morosos» cuando exista una deuda vencida, cierta y exigible, se haya requerido el pago de la misma previa inscripción en el fichero correspondiente y no haya transcurrido un período de 6 años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda. El TS subraya que la deuda por la que la demandante fue incluida en el fichero correspondiente no cumplía esos requisitos. Por ese motivo, el TS considera vulnerado el derecho al honor, exigiendo la cancelación de los datos correspondientes y el pago de una indemnización por los perjuicios morales sufridos.

B) Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo

a) Derechos Fundamentales

- a.1) Derecho a la Seguridad Jurídica (artículo 9 CE), a la Igualdad (artículo 14 CE), a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), al control de la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106 CE) y a la potestad jurisdiccional en la ejecución de lo juzgado (artículo 117CE).
Indulto a D. Alfredo Sáenz Abad y otro

STS de 20 de febrero de 2013, Sala Contencioso-Administrativa, Recurso ordinario 165/2012 —Ponente D. Carlos Lesmes Serrano—. Se interpone recurso contencioso-administrativo contra los Reales Decretos 1753/2011 y 1761/2011, ambos de 25 de noviembre, por el que se indulta a D. Miguel Ángel Calama Teixeira y a D. Alfredo Sáenz Abad respectivamente. Se pretende dejar sin efecto los Reales Decretos en la parte del exceso impugnada, correspondiente al inciso final que decía: «...y quedando sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de las sentencias, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria, a condición de que no vuelva a cometer delito doloso en el plazo de cuatro años desde la publicación del presente real decreto».

La Sala recuerda su reiterada jurisprudencia sobre que la fiscalización que compete a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo abarca los elementos reglados de la gracia. Aun cuando el Gobierno puede decidir a quién perdona 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 abre la puerta al control de la jurisdicción.

Se examina el alcance de la prerrogativa de gracia de indulto particular y los límites que afectan al Gobierno en el ejercicio de la misma y se considera una prerrogativa excepcional que sólo puede insertarse en el Estado de Derecho, sujeto al principio de legalidad, con lo que supone de límite y de presupuesto habilitante.

Razona el Tribunal que el inciso final de los Reales Decretos impugnados se puede entender de dos maneras: que elimina los antecedentes penales de los indultados para evitar consecuencias administrativas previstas en la normativa bancaria; o bien, sin eliminarlos, excepciona singularmente a los indultados del requisito de honorabilidad, del que carece el que tiene antecedentes penales, requisito que es necesario para el ejercicio de la actividad bancaria. La eliminación de esos antecedentes fuera de los supuestos previstos por la Ley, privaría de eficacia a las normas relacionadas con la apreciación de agravantes de reincidencia, valoración para acordar prisión provisional, individualizar la pena, y concesión de la remisión condicional, entre otros supuestos. No es admisible pues, contravenir el ordenamiento jurídico, eliminando unos antecedentes que ya fueron registrados.

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que los incisos finales de los Reales Decretos constituyen una dispensa singular del impedimento de falta de honorabilidad para el ejercicio de la actividad bancaria derivado de la existencia de antecedentes penales no cancelados por delito doloso, lo que constituye una extralimitación del poder conferido por la Ley de Indulto al Gobierno. Se estima el recurso y se declara la nulidad de los incisos finales de los mencionados Reales Decretos.

- a.2) Derecho a la Libertad Religiosa (Artículo 16.1 CE):
Ordenanza Municipal y prohibición del uso del velo integral
en los espacios municipales: Reserva de ley

Sala Tercera, **STS de 14 de febrero**, RC 4118/2011 —Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas—. Se aborda en esta Sentencia el examen de una Ordenanza Municipal catalana que prohíbe el uso del velo integral en espacios municipales y su compatibilidad con el derecho fundamental a la libertad religiosa. Declara el TS que al tratarse de una manifestación del derecho fundamental a la libertad religiosa, el establecimiento de una limitación al mismo debe contemplarse previamente en una Ley, pues, con arreglo a los artículos 81 y 53 CE, deben respetarse las exigencias de la CE para poder limitar el ejercicio de tal derecho. Por ello, la Ordenanza Municipal, que prohíbe el uso del velo integral, que se considera como una manifestación de las creencias religiosas, vulnera el derecho fundamental, al no existir una ley previa que haya establecido dicho límite.

Se estima por tanto el recurso de casación, se casa la sentencia recurrida y la Ordenanza Municipal impugnada.

- a.3) Derecho a la Información y a la participación política (artículo 23 CE):
Vulneración del derecho de los diputados de las Cortes Valencianas
a la información. La genérica alegación de un secreto sumarial, no justifica
la negativa a facilitar la relación de contratos administrativos adjudicados

STS de 25 de febrero de 2013, Sala Contencioso-Administrativa, RC 4268/2011 —Ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva—. La Generalidad Valenciana formula recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior que estima el recurso planteado contra la denegación del Gobierno de la Generalidad Valenciana a suministrar información sobre ciertos contratos suscritos por las Consejerías y una serie de empresas que identifica. Se denegó la información a los diputados porque había sido declarado el secreto del sumario.

La Sala de instancia analiza si el alegado secreto impide facilitar esa información o si la negativa entrañaba una vulneración del derecho de los diputados a la información como base de la participación política. Recuerda que la STC 190/2008, ofrece una interpretación aplicable al caso, al referirse a la negativa a facilitar información que afecta al derecho fundamental de participación, dado que el artículo 23.2 CE comporta el acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, así como el de permanecer en ellos y desempeñarlos conforme a las previsiones legales.

El Tribunal manifiesta que los parlamentarios tienen derecho a obtener información —artículo 12 del Reglamento de las Cortes Valencianas— y la CE faculta a las Cámaras y a sus comisiones para recabar del Gobierno y de sus departamentos cuanta información y ayuda precisen (artículo 109), y que esa previsión ha sido desarrollada por los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, que han reconocido ese derecho a los parlamentarios, información que sirve al ejercicio de sus funciones. El TC ha explicitado que ese derecho junto a los otros que guardan relación con el desempeño de su función, se integra en el contenido del que reconoce el artículo 23.2 CE a permanecer en los cargos públicos representativos, como expone la sentencia recurrida. El ordenamiento jurídico

reconoce expresamente esa facultad de los diputados y el correlativo deber de la Administración valenciana requerida, de facilitarlos a no ser que razones fundadas en Derecho se lo impidan, llegando la Sala a la conclusión de que el Gobierno valenciano incumplió su obligación de facilitar la información solicitada pues no había razones fundadas en Derecho que ampararan su posición, con infracción del derecho fundamental.

- a.4) Derecho a la educación (artículo 27 CE) y a la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 14 CE): Denegación del acceso al concierto educativo condicionado al cumplimiento de escolarización de alumnos de ambos sexos. Prohibición de discriminación por razón de sexo

SSTS 14 y 15 de enero, y 26 de febrero de 2013 (RC 1303/2012, 4928/2011 y 638/2012)

—Ponente D.^a Celsa Pico Lorenzo; D. Enrique Lecumberri Martí, y D. Segundo Menéndez Pérez—. El objeto de la controversia se centra en las Órdenes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía por las que se deniega la renovación de los conciertos educativos por el tiempo solicitado de 4 años y resuelven renovar el concierto solamente por 1 año, condicionando la extensión a los otros 3 años al cumplimiento del requisito de la escolarización de alumnos de ambos sexos a partir del curso 2010-1.

Considera la Sala Tercera del Tribunal Supremo que no contraría a la legislación vigente la enseñanza separada por sexos; cuestión distinta es que tal actividad pueda ser objeto de concertación con fondos públicos. De hecho, razona que para fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y la igualdad de derechos y oportunidades, los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas pueden ser objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España. Se confirma la actuación administrativa al entenderse ajustada a derecho la condición impuesta para la renovación del concierto.

- a.5) Derecho a la Huelga (artículo 28.2 CE): Servicios mínimo en huelga de Renfe. Nulidad por falta de adecuada motivación de los porcentajes de servicios. Necesidad de expresión de los criterios que en concreto hayan determinado los porcentajes

STS de 18 de enero, (RC 478/2011) —Ponente D. Vicente Conde Martín de Hijas—.

La Audiencia Nacional dictó sentencia desestimatoria en el recurso seguido por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, promovido por un sindicato ferroviario contra la resolución que determinaba los servicios mínimos para asegurar la prestación de los servicios esenciales de transporte ferroviario durante una huelga convocada para todo el personal de Renfe. Se trataba de una única jornada de huelga que afectaba a líneas de largo y medio recorrido así como de cercanías, con la particularidad de que había sido convocada para el miércoles de Semana Santa, que coincidía con la víspera de un puente festivo relevante por los múltiples desplazamientos de viajeros y de mercancías.

Razona la Sala que los servicios mínimos fijados deben corresponder a una determinada causa, comprobándose en el caso la ausencia de la expresión de los criterios seguidos

para fijar los cuestionados porcentajes, lo que determina la vulneración del artículo 28.2 CE. La motivación consiste en la justificación por la fecha de la huelga, la afluencia de viajeros y las reservas de billetes con una antelación que hacía inviable el cambio a otras fechas. Considera que la empresa está en condiciones de hacer una previsión aproximada de viajeros esperables, globalmente y en cada línea, en función de datos estadísticos de años anteriores a su disposición, y ponderar los efectos a los viajeros, las alternativas para remediar tal perjuicio, y concluye que los servicios de transporte de mercancías — que nada tienen que ver con las vacaciones— y cuya interrupción en una sola jornada necesita en su caso una justificación diferente que no se encuentra en el mismo caso que el de viajeros.

Por la misma falta de justificación suficiente de la determinación de los servicios mínimos en la huelga general de septiembre de 2010, considera vulnerado el artículo 28.2 la **STS de 28 de enero**, (RC 5081/2011) —Ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva—. Por último, y sobre el 28.2 CE, la **STS de 13 de marzo**, (RC 4486/2011) —Ponente D. Nicolás Maurandi Guillén— desestima el recurso de la Comunidad de Madrid contra la sentencia que anuló los servicios mínimos para una huelga en la Consejería de Sanidad porque consideró que la justificación o explicación ofrecida por el Decreto que los establecía no cubría los cánones de motivación constitucionalmente exigibles.

b) Extranjería

b.1) Reglamento de la Ley de Extranjería

STS de 22 de marzo, Sala Contencioso-Administrativa (R.º Contencioso-Administrativo 343/2011) —Ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona—. Se recurre por la Asociación Pro-inmigrantes, Pro-derechos humanos y la Federación SOS Racismo, el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, tras la reforma de ésta por la Ley Orgánica 2/2009.

Se impugnan los párrafos segundo y tercero del apartado séptimo del artículo 23 que regula el régimen jurídico de las «devoluciones» de los extranjeros que, habiendo sido previamente expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, como de los extranjeros que sin haber sido objeto de una expulsión previa, pretendan entrar irregularmente en nuestro país. Y dentro de este artículo, el apartado que fija un «plazo de prescripción de la resolución de devolución», de cinco o dos años respectivamente, discutiendo los demandantes el día en que ambos comienzan a correr.

El TS razona que cuando se ordena la devolución del extranjero que fue expulsado y ha vuelto contraviniendo la prohibición de entrar en España, será un acto de ejecución material de aquella prohibición y carece de sustantividad sancionadora autónoma. Las órdenes de devolución contra los extranjeros «que pretendan entrar ilegalmente en el país» se aproximan más, sin embargo a las medidas administrativas de rechazo o denegación de entrada que adoptan los funcionarios encargados del control en los puestos fronterizos. El artículo 23.2 del Reglamento considera incluidos entre los extranjeros sujetos a devolución por este título a «los que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones». Y considera que si quienes optan por la entrada legal por esos puestos, pueden ser rechazados sin

que ello sea una sanción administrativa, ese mismo rechazo de entrada puede aplicarse a quienes sean aprehendidos en la misma frontera o en sus inmediaciones, cuando intentan burlar el control reglamentario. El motivo se desestima.

Igualmente se cuestiona el apartado 4.º del artículo 128, que dispone que en los procedimientos para obtener la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, sin necesidad de visado, el órgano competente «podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal». La regla general en la materia, de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, relativo a la instrucción de los procedimientos administrativos, establece que sólo en los supuestos en que una norma específica con rango de ley lo autorice pueda requerirse la comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas. El motivo se estima.

Otro de los motivos de impugnación es el relacionado a los supuestos «en los que un procedimiento administrativo se inicia en el extranjero pero se resolvería en territorio nacional por el órgano competente». En concreto no cabría asignar a las oficinas consulares o misiones diplomáticas la inadmisión *a limine* de las correlativas solicitudes los que conducen a la obtención de las siguientes autorizaciones: las de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado; las de residencia temporal no lucrativa, las de residencia temporal y trabajo por cuenta propia, y en fin, las de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo cuando la persona extranjera no sea residente en España y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a 90 días. Este motivo se estima.

b.2) Asilo: Admisión a trámite y estudio de la solicitud de protección internacional en la nueva Ley de Asilo: Saharaus.

SSTS de 27 de marzo de 2013, Sala Contencioso-Administrativa (RC 2429/2012 y 2529/2012) —Ponente D.ª María Isabel Perelló Doménech—. La denegación de la concesión de asilo por la Administración en ambos casos se debió a que según el instructor de los expedientes administrativos no existían indicios suficientes de que las autoridades marroquíes persiguieran de manera sistemática y generalizada a la población saharauí por su origen étnico. Se añadía que las alegaciones de los solicitantes eran vagas e imprecisas, sin aportar un mínimo de verosimilitud. Todo ello en relación con un colectivo de 17 personas que llegaron a España en la misma patera, formalizaron a la vez su solicitud, siendo todas ellas parecidas y estereotipadas, y afirmaron sufrir malos tratos, torturas o violación, y que a raíz del desmantelamiento de campamento fueron agredidos, encarcelados o que sus residencias fueron atacadas.

En los dos casos analizados en las sentencias —el de una mujer que dice haber sufrido violación, y el de un hombre que ha sido maltratado— existen informes del ACNUR, que aconsejaron la admisión a trámite del procedimiento con el fin de conocer con más detalle los problemas sufridos por los solicitantes. Enfatizaba el ACNUR la gravedad de los problemas acaecidos en relación con el citado campamento, y que atendiendo a la información más reciente, continuaban las detenciones arbitrarias, en un contexto policial fuertemente represivo y sin garantías jurídicas para los detenidos.

Los dos recursos de casación se estiman. Considera el Tribunal que procedía la admisión a trámite de ambas solicitudes presentadas por los internados en el CIE y dar curso

al procedimiento de urgencia (artículo 25.2 Ley de Asilo) con la práctica de los actos de instrucción necesarios para verificar la verosimilitud del relato, su posible incardinación entre las causas de persecución protegibles y su acreditación indiciaria suficiente, con la preceptiva intervención del CIAR. El estudio del relato y la detección de incoherencias y el juicio sobre el respaldo probatorio de la solicitud de asilo son cuestiones que sólo pueden ser abordadas tras admitir a trámite la solicitud y en el curso del expediente de asilo correspondiente.

IV. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA.
 - A) **Su control jurídico corresponde a los jueces ordinarios y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**
 - B) **La transposición de una Directiva comunitaria es posible a través de la Ley de Presupuestos.**
3. BASES.
 - A) **La atribución estatutaria de una competencia exclusiva «en colaboración con el Estado» no responde al esquema bases-desarrollo de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.**
 - B) **Especialidades de la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.**
 - C) **Sobre el carácter básico de la regulación de la potestad sancionadora.**
4. LEY.
 - A) **Reserva de ley en materia sancionadora.**
 - a) **Vulnera el artículo 25.1 CE la aplicación de una Ley sancionadora que, por su soporte metodológico o axiológico, conduzca a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios.**
 - b) **Nulidad del precepto legal que vulnera la garantía formal del principio de legalidad sancionadora al remitir al reglamento la definición de los elementos esenciales de la conducta infractora.**
 - B) **Límites materiales de la Ley de Presupuestos de una Comunidad Autónoma.**
5. DECRETO-LEY.
 - A) **Requisitos para la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad.**
6. REGLAMENTO.
 - A) **Límites sustantivos y formales al ejercicio de la potestad reglamentaria: infracción de la reserva de ley y de la competencia para dictar el Reglamento.**
 - B) **Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.**

7. INSTRUCCIÓN.

- A) **Las instrucciones que no poseen carácter normativo no son susceptibles de impugnación.**

8. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

- A) **Principio de seguridad jurídica: no se infringe cuando se remite a los planes la concreción de conceptos jurídicos indeterminados.**
- B) **Principio de interdicción de la arbitrariedad: se vulnera cuando una norma es discriminatoria o carece de toda justificación.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Id Cendoj 28079130052013100097. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 115/2013, de 9 de mayo.

2. DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA

A) **Su control jurídico corresponde a los jueces ordinarios y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

La **STC 51/2003, de 28 de febrero**, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, en relación con el Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional, al derogar las previsiones de este plan relativas al trasvase de aguas del Ebro. Esta Sentencia es complementaria de la STC 237/2012 que resolvió los problemas de constitucionalidad que planteaba esta norma desde el punto de vista de los límites materiales del Decreto-Ley que ya ha sido analizada con anterioridad en esta crónica.

Los recurrentes planteaban que la nueva regulación determinaba la vulneración de la Directiva marco del agua. En relación con esta cuestión, el Tribunal señala que no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, «pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sobre la misma cuestión, **SSTC 36/2013, de 14 de febrero y 19/2013, de 31 de enero.**

B) **La transposición de una Directiva comunitaria es posible a través de la Ley de Presupuestos**

En la **STC 36/2013, de 14 de febrero**, el Tribunal Constitucional establece que no existe ningún mandato legal que exija que una Directiva comunitaria deba ser transpuesta a través de un determinado instrumento normativo. La ley de «acompañamiento» es una ley ordi-

naria y como tal ley ordinaria que emana de las Cortes Generales «puede entrar a regular cualquier materia no expresamente asignada a otro tipo legislativo, y es que, del bloque de la constitucionalidad no se deriva ni impedimento alguno para que se puedan aprobar lo que califica como “leyes transversales”, ni exigencia de ninguna clase que imponga que cada materia deba ser objeto de un proyecto independiente, dado que las formas de manifestarse la voluntad de las Cámaras sólo tendrán un carácter limitado cuando así se derive del propio texto constitucional».

En consecuencia, no existe ningún obstáculo desde el punto de vista constitucional que impida o limite la incorporación de la Directiva a un solo texto legislativo, para su tramitación conjunta en un solo procedimiento, incluyendo multitud de medidas normativas de carácter heterogéneo.

3. BASES

A) **La atribución estatutaria de una competencia exclusiva «en colaboración con el Estado» no responde al esquema bases-desarrollo de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas**

En la **STC 34/2013, de 14 de febrero, de 2013**, el Parlamento de Cataluña impugna la disposición final segunda de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la viña y del vino, en cuanto que declara como legislación básica determinados preceptos de la misma.

La materia denominaciones de origen no aparece mencionada ni en el artículo 148.1 CE ni en el artículo 149.1 CE, por lo que, en virtud de la cláusula residual contenida en el artículo 149.1.3 CE, corresponde a las Comunidades Autónomas que la asuman en sus respectivos Estatutos. La competencia autonómica exclusiva en materia de denominaciones de origen aparece enmarcada, según el vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña (artículo 128), por dos competencias estatales: por un lado, la previsión estatutaria de que esta competencia autonómica se ejercitará en colaboración con el Estado y, de otro, la competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica que reconoce al Estado el artículo 149.1.13 CE.

El Tribunal Constitucional aclara en primer lugar la calificación estatutaria de esta competencia autonómica sobre denominaciones de origen como «exclusiva», poniéndola en relación con la cláusula «en colaboración con el Estado *ex* 12.1.5 EAC 1979, recogida en el vigente artículo 128.4 EAC.

El Tribunal delimita cuál es el significado de una competencia «en colaboración». En este sentido establece las siguientes precisiones: a) la competencia autonómica no es una competencia compartida conforme a la técnica bases estatales *versus* desarrollo y ejecución autonómicas; b) tampoco es una competencia concurrente al modo que ocurre con la cultura en el artículo 149.2 de la Constitución y de forma que Estado y Comunidades Autónomas ejerzan a la vez sus competencias concurriendo en la persecución de los objetivos culturales, pero con independencia el uno de las otras; c) ni hay una competencia estatal de coordinación de las competencias autonómicas para lograr la integración de actos parciales en una globalidad como puede ocurrir con la sanidad; d) la «competencia exclusiva en colaboración no implica una previa diferenciación de competencias parciales

que el Estado haya de coordinar, sino una actuación que debe ser realizada bilateralmente en régimen de cooperación específica, sin que ello suponga duplicidades o actuaciones intercambiables»; e) de todo esto se concluye una regla de deslinde de funciones consistente en que «lo que puede hacer uno de los entes colaboradores no lo debe hacer el otro, de manera que sus actuaciones no son intercambiables sino complementarias».

El Tribunal aclara que la consecuencia relevante de esta interpretación, en términos de delimitación competencial, es que la Generalitat tiene competencia para aprobar, modificar, y ordenar la publicación de reglamentos de denominaciones de origen, viniendo obligada a remitir o notificar su orden al Ministerio de Agricultura, con el fin de hacer posible o facilitar la competencia de colaboración estatal. Pero esta obligación de remisión directa no proporciona al Estado una competencia de control sobre la publicación de la Orden, que no sería compatible con el carácter exclusivo de la competencia. Sin embargo, sí es admisible que el Estado, antes de publicar en el «Boletín Oficial del Estado» las denominaciones geográficas o de calidad aprobadas y notificadas por una Comunidad Autónoma, realice en desarrollo de dicho control una verificación reglada de la concurrencia tanto de las normas del bloque de la constitucionalidad atributivas de competencia como de las de la legalidad ordinaria. En este caso, si el Estado entiende que se produce una invasión de sus competencias, dejará en suspenso la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y procederá a su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sobre esta misma cuestión, **STC 82/2013, de 11 de abril**.

B) Especialidades de la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica

En la misma **STC 34/2013, de 14 de febrero, de 2013**, a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, se analiza el título competencial que atribuye al Estado las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13 CE). Este título competencial presenta algunas peculiaridades en relación con la potestad general de dictar bases en una determinada materia. Con carácter general la competencia estatal sobre las bases de una determinada materia permite establecer un «común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto».

Sin embargo, las bases de la planificación general de la actividad económica consisten en el establecimiento de «las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector». Para el Tribunal Constitucional esta competencia ampara todas las normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas al logro de tales fines, entre los que la doctrina constitucional ha situado el de garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado, la «unidad económica», «alcanzar los objetivos de la económica general o sectorial, así como el de incidir en principios rectores de la política económica y social.

Por tanto son dos las condiciones que exige la aplicación de la competencia estatal sobre las bases y coordinación de la planificación económica general *ex* artículo 149.1.13 CE.: el primer límite asegura que el ejercicio de la competencia estatal no elimina por completo la competencia autonómica colindante y la segunda de las condiciones, al requerir que haya un principio al que se encamine la intervención estatal y que ésta llegue solo hasta donde lo exija aquél, refleja el carácter directivo como nota que identifica las bases de la planificación general de la actividad económica y las distingue de la noción general de bases.

En el ámbito de las denominaciones de origen al que se refiere la Sentencia objeto de análisis, es preciso tener en cuenta que «la facultad de fijar las bases y coordinar la planificación general de la actividad económica no puede ser confundida con la potestad general de dictar bases en materia de denominaciones de origen allí donde el Estado no posea esta competencia, si bien es claro que el Estado puede operar sobre el sector vitícola haciendo uso de su competencia para proceder a la ordenación general de la economía (artículo 149.1.13 CE), siempre que no vacíe de contenido las competencias de la Comunidad Autónoma sobre la viticultura»

Sobre esta misma cuestión, **STC 82/2013, de 11 de abril**.

En las Sentencias del Tribunal Constitucional a las que se ha hecho referencia en este apartado se establece que la competencia estatal sobre las bases y coordinación de la planificación económica general puede limitar la competencia autonómica relativa a su organización, en aquello que se relacione con las líneas directrices de la ordenación general del sector vitivinícola.

En este sentido, el Tribunal admite que la legislación estatal, en concreto, los artículos 25 y 26 de la Ley de la viña y del vino, no vulneran la Constitución al condicionar la organización y funcionamiento de los órganos de gestión de los vinos de calidad producidos en región determinada en tres únicos sentidos: a) imponen que el órgano de gestión esté integrado por los titulares de los intereses económicos y profesionales implicados en cada vino de calidad producido en regiones determinadas; b) prevén que dicho órgano tenga personalidad jurídica propia y c) designan las funciones que como mínimo tendrán atribuidas.

C) Sobre el carácter básico de la regulación de la potestad sancionadora

La **STC 34/2013, de 14 de febrero**, analiza la posibilidad de que la potestad sancionadora pueda tener carácter básico.

En relación con esta materia, la Sentencia hace referencia a que «es una regla de deslinde competencial muy reiterada por este Tribunal que la titularidad de la potestad sancionadora va normalmente pareja, como instrumental, a la competencia sustantiva de que se trate» y, a continuación, que, por ello, las Comunidades Autónomas «pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, debiendo acomodarse las disposiciones que dicten a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del Derecho administrativo sancionador (artículo 25.1 CE), y no introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable a otras partes del territorio».

En este sentido, el Estado puede establecer normas sancionadoras vinculadas con su competencia para establecer las bases de la planificación económica general: esta competencia sustantiva le autoriza a prever la normativa sancionadora necesaria para asegurar que dichas bases sean efectivas.

El Tribunal recuerda la doctrina establecida en otro proceso en que se discutía, en un asunto también relativo al sector del vino, hasta qué punto el Estado podía regular normativa sancionadora para asegurar la eficacia de los principios con los que se ordena el sector. La STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 6, estableció a estos efectos lo siguiente: «respecto de las sanciones, debe señalarse que el artículo 5 de la Orden constituye una norma básica porque tiende a asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las medidas de ordenación económica general consistentes en reducir el riesgo de la vida a los casos autorizados. El Tribunal considera que el hecho de que la gravedad de las sanciones que se impongan a los infractores de esas medidas sea uniforme, supone un elemento disuasorio de posibles infracciones que podría no operar con la misma intensidad en todas las Comunidades Autónomas si éstas pudieran establecer libremente su sistema de sanciones. Pero hay que advertir que la norma básica se limita a establecer el tipo de sanciones. La imposición concreta de éstas es una típica facultad de ejecución que corresponde a la Comunidad Autónoma.

En consecuencia, el Tribunal concluye que la regulación de las sanciones vinculadas al ejercicio de la competencia estatal relativa a las bases y coordinación de la planificación económica general, corresponderá al Estado.

Sobre esta misma cuestión, **STC 82/2013, de 11 de abril.**

4. LEY

A) Reserva de ley en materia sancionadora

a) *Vulnera el artículo 25.1 CE la aplicación de una Ley sancionadora que, por su soporte metodológico o axiológico, conduzca a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios*

La **STC 30/2013, de 11 de febrero**, resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la resolución sancionadora de 24 de noviembre de 2008, dictada por el Ayuntamiento de Madrid, confirmada por la Sentencia de 10 de enero de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 23 de Madrid, por vulneración del artículo 25.1 CE.

En este caso, la recurrente en amparo fue sancionada por lo que la Administración entendió como un incumplimiento del deber que el artículo 72.3 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, impone al titular de un vehículo a motor, de suministrar a aquélla la identidad del conductor del mismo ante la denuncia de una supuesta infracción. Ante el requerimiento de la Administración para que se identificara al conductor responsable de la infracción, el titular comunicó el nombre, apellidos y domicilio del supuesto responsable. La Administración consideró insuficiente esta información y sancionó al titular del vehículo por incumplimiento del deber de identificación del conductor responsable de la infracción, al entender indispensable la comunicación del

número del documento nacional de identidad o del permiso de conducir del responsable, para entender cumplimentada la identificación requerida.

Es preciso tener en cuenta que en el expediente administrativo no existía constancia de que se hubiera producido ninguna actuación administrativa por la que se requiriera al responsable el citado número del documento nacional de identidad o del permiso de conducir, por lo que el Tribunal considera que la breve motivación del acto administrativo, esto es, de la sanción, no responde a una argumentación lógica que pueda permitir subsumir la conducta de la recurrente en el tipo aplicado.

Dado que, ni la norma —en la redacción vigente el momento de los hechos— exigía expresamente que se facilitaran esos concretos datos ni, conforme a los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica, cabe extraer tal exigencia del tenor de la misma, se entiende vulnerado el artículo 25.1 CE como consecuencia de las pautas interpretativas empleadas para la subsunción de la conducta en el tipo de la infracción. En este sentido, el Tribunal reitera su jurisprudencia sobre esta materia señalando que, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada; sino que también se considera constitucionalmente rechazable la aplicación que «por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante—, o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional—, conduzca a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios».

El Tribunal otorga el amparo solicitado por vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora.

Sobre la misma cuestión, véase, **STC 45/2013, de 25 de febrero**.

b) Nulidad del precepto legal que vulnera la garantía formal del principio de legalidad sancionadora al remitir al reglamento la definición de los elementos esenciales de la conducta infractora

En la **STC 13/2013, de 28 de enero**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid respecto del apartado 7 del artículo 16.2 b) de la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de ordenación y coordinación de los transportes urbanos de la Comunidad de Madrid.

Este precepto legal tipifica como infracción grave «el incumplimiento de las condiciones esenciales de la autorización o licencia, salvo que deba considerarse infracción muy grave». El propio precepto legal regula expresamente algunas de las citadas condiciones esenciales. En el número séptimo, que es el que se cuestiona, se establece, además, que también se considerarán condiciones esenciales «cualesquiera otras que puedan establecerse reglamentariamente».

La cuestión de inconstitucionalidad se plantea en el marco de un litigio en el que se juzgaba la conformidad a Derecho de la resolución del delegado de área de gobierno de seguridad y movilidad del Ayuntamiento de Madrid de 28 de marzo de 2008 por la que se impuso una sanción de 2.000 euros a una taxista por infracción del artículo 16 de la

Ley 20/1998 de ordenación y coordinación de los transportes urbanos de la Comunidad de Madrid, en relación con los artículos 60 b) 7 y 39 2 del Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de transporte público urbano en automóviles de turismo. La sanción fue impuesta por incumplimiento de las condiciones de prestación del servicio relativas al régimen de paradas, al haber esperado y recogido viajeros fuera de la parada oficial. Se trata, por tanto, de una infracción no expresamente prevista en el artículo 16 de la Ley citada, sino por el Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la misma.

El Tribunal Constitucional considera que para apreciar si la remisión al reglamento que efectúa el apartado séptimo del artículo 16.2 b) de la Ley 20/1998 de la Comunidad de Madrid es conforme con el artículo 25.1 CE, es preciso determinar si el precepto legal que efectúa esta remisión define los elementos esenciales de la conducta antijurídica o si, por el contrario, está remitiendo a la potestad reglamentaria una tipificación autónoma de infracciones, lo que determinaría la inconstitucionalidad del precepto por no respetar la garantía formal que se deriva del principio de legalidad sancionadora.

En este sentido, el Tribunal considera que el concepto jurídico indeterminado «condiciones esenciales de la autorización o licencia» es un parámetro legal que en alguna medida orienta al reglamento. Sin embargo, esta referencia, en ausencia de más determinaciones legales, no cumple con los requisitos que exige el principio de legalidad en materia sancionadora, al permitir que la Administración lleve a cabo una tipificación *ex novo* de conductas ilícitas. Dado que en este caso los elementos esenciales de la conducta antijurídica no están identificados en la Ley y su regulación se remite al poder reglamentario, el Tribunal considera que se produce la vulneración del artículo 25.1 CE.

En segundo lugar, el hecho de que la cuestión de inconstitucionalidad se plantee en un juicio en el que se analiza la posible vulneración de un derecho fundamental de un taxista, esto es, de un sujeto que tiene una especial relación con el sancionado, no determina modulación alguna del derecho a la legalidad sancionadora. Y justifica esta doctrina en que «ningún precepto constitucional prevé, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito de actividad económica privada, aunque esté intervenida y reglamentada, como es la prestación de servicios de transporte en auto-taxi». En consecuencia, «con independencia de cómo se denomine la relación que une al titular de la licencia de auto-taxi con su Ayuntamiento, no hay fundamento alguno para que la sanción impuesta al recurrente carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el artículo 25.1 CE».

B) Límites materiales de la Ley de Presupuestos de una Comunidad Autónoma

La **STC 86/2013, de 11 de abril** resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo, contra la disposición adicional undécima de la Ley de las Cortes Valencianas 15/2007, de 27 de diciembre, de presupuestos para el ejercicio 2008, impugnada, entre otras razones, por vulnerar el artículo 134 CE.

En esta Sentencia el Tribunal reitera su jurisprudencia relativa a las leyes de presupuestos. Según esta jurisprudencia, las leyes de presupuestos tienen un contenido mínimo, indisponible, y otro eventual, por conexión, que se refiere a todas aquellas disposiciones

que guarden relación directa con las previsiones de ingreso y las habilitaciones de gasto de los presupuestos o con los criterios de política económica general o, en fin, que sean un complemento necesario para la mejor inteligencia y más eficaz ejecución del presupuesto. En consecuencia, quedan en principio excluidas de estas leyes las normas típicas del Derecho codificado u otras previsiones de carácter general en las que no concurra dicha vinculación.

Sin embargo, esta doctrina no es aplicable sin más a las leyes presupuestarias de las Comunidades Autónomas, ya que las normas contenidas en el artículo 134 CE se refieren a una institución estatal, en concreto de una fuente normativa del Estado como es su ley anual de presupuestos generales. El canon de constitucionalidad aplicable a las fuentes normativas de las Comunidades Autónomas es el que se contiene en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio y en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas.

En este caso, la disposición adicional undécima de la ley impugnada regulaba un supuesto de silencio administrativo negativo, aplicable en los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas dependientes, en virtud de la cual, el vencimiento del plazo máximo establecido, sin haberse dictado y notificado resolución expresa, determinaría la desestimación de la solicitud formulada.

A juicio del Tribunal Constitucional, se trataba de una medida de procedimiento, sin incidencia directa sobre el presupuesto, al no afectar a la estimación de ingresos, ni de gastos. En consecuencia, no forma parte del contenido mínimo de este tipo de leyes.

A continuación el Tribunal analiza la posibilidad de que la norma impugnada forme parte del contenido «eventual» del presupuesto. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia, para que una materia no estrictamente presupuestaria pueda ser regulada en este tipo de normas, se requiere como condición previa que guarde la debida conexión con el presupuesto, formando así parte de dicho contenido eventual. El Tribunal Constitucional rechaza que este criterio pueda ser aplicado en el caso de la disposición adicional undécima de la norma recurrida. En consecuencia, rechaza las alegaciones de las Cortes y de la Generalitat Valencianas, que sostienen que la medida citada podría tener un impacto sobre el gasto público ya que, tratándose de un sistema de prestación social, el procedimiento para su denegación por silencio administrativo, podría producir un ahorro.

El Tribunal señala que el hecho de que se trate de una medida que, al menos potencialmente, pudiera generar algún ahorro de gasto público para la Comunidad Autónoma, no es suficiente para entender que concurre la suficiente conexión que permita considerarla como integrante del contenido de la Ley de Presupuestos. La realidad es que son muchas las medidas normativas susceptibles de tener alguna incidencia en los ingresos o los gastos públicos, de manera que si esto fuera suficiente, «los límites materiales que afectan a las leyes de presupuestos quedarían desnaturalizados; se diluirían hasta devenir prácticamente inoperantes».

En conclusión, dado que la norma impugnada no supone «un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno» el Tribunal declara su inconstitucionalidad.

5. DECRETO-LEY

A) Requisitos para la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad

La **STC 39/2013, de 14 de febrero**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por ochenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, contra el Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía.

Según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, es preciso determinar, en primer lugar si en el Real Decreto-ley 4/2006 objeto del presente recurso de inconstitucionalidad concurre el presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» exigido por el artículo 86.1 CE. Para ello es preciso analizar dos elementos: en primer lugar, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación y, en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella.

Con el fin de determinar la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad, el Tribunal parte de la exposición de motivos del Real Decreto-ley, indicando que de la misma se desprende que la justificación de su aprobación, en el marco del artículo 86.1, se concreta en la necesidad de corregir dos concretas «insuficiencias» que el Gobierno aprecia en la legislación entonces vigente, en relación con la regulación de la potestad de supervisión de las operaciones de concentración en el sector energético: por un lado, la insuficiente precisión legal de los intereses cuya protección por los poderes públicos parece conveniente en los supuestos de adquisición del control de unas empresas por otras; por otro, la falta de previsión legal de la autorización de la Comisión Nacional de Energía de la toma de participación en una sociedad que realice actividades reguladas por una sociedad que no las realice.

En este sentido, el Tribunal concluye que la definición por los órganos políticos de la situación de extraordinaria y urgente necesidad resulta explícita y razonada, por lo que, no constituyendo un supuesto de uso abusivo o arbitrario de la potestad normativa excepcional conferida al Gobierno, estima que concurre el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad requerido por el artículo 86.1 CE.

En segundo lugar, en relación con el control del presupuesto habilitante del artículo 86.1 CE, es preciso analizar la conexión entre la situación de urgencia definida y las medidas concretas adoptadas para afrontarla, que figuran en la disposición impugnada. En relación con esta cuestión, el Tribunal señala que las medidas incluidas en el Decreto-ley no carecen de conexión de sentido con la situación de extraordinaria y urgente necesidad definida por el Gobierno, pues, por un lado, eran idóneas para remediar las insuficiencias de la regulación legal en materia de operaciones de concentración en el sector energético apreciadas por el Gobierno y, por otro lado, tenían incidencia inmediata en ese ámbito.

En consecuencia, el Tribunal declara que en el Real Decreto-ley 4/2006 el Gobierno ha aportado justificación suficiente que permita apreciar la existencia de la situación habilitante requerida por el artículo 86.1 CE, y que las medidas incluidas en dicho decreto-ley no carecen de conexión de sentido con respecto a la situación de urgencia definida por aquél.

6. REGLAMENTO

A) Límites sustantivos y formales al ejercicio de la potestad reglamentaria: infracción de la reserva de ley y de la competencia para dictar el Reglamento

La SAN de 5 de marzo de 2013 (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 3.^a, ponente: Francisco Díaz Fraile, núm. rec.: 651/2011), Id Cendoj: 28079230032013100117, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio de Registradores de la Propiedad contra la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. En concreto el recurrente solicita la declaración de nulidad de los apartados 3 y 4 del artículo 30 de dicha Orden que señalan respectivamente: «derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente»; «[l]a decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de Derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y formas previstos en el recurso de alzada».

Los argumentos que sirven de base al recurso son por un lado, la vulneración del principio de reserva de Ley y de jerarquía normativa —en conexión con el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)—; y, por otro lado, la aprobación de la Orden por órgano incompetente —también en conexión con el artículo 62.2 LRJPAC o, en su caso, con el artículo 63 LRPAC— puesto que la competencia en la materia corresponde al Ministerio de Justicia y no al Ministerio de Economía y Hacienda.

Para resolver el recurso planteado, el Tribunal invoca su jurisprudencia previa; en concreto, la Sentencia precedente de 20 de mayo de 2008 que se dictó en un caso similar. De acuerdo con el Tribunal, la Orden impugnada constituye una emanación de la potestad reglamentaria de la Administración que debe someterse a los límites sustantivos —fundamentalmente, la reserva de Ley— y formales —procedimiento de elaboración, jerarquía normativa, inderogabilidad singular de los reglamentos y publicidad—. En el caso de autos se alega que «en la medida que trata de tipificar los supuestos en que los ciudadanos pueden verse privados de un otorgamiento que la legislación civil impone como obligatoria para la consecución de sus intereses y de regular el recurso que puede ejercitar contra dicha decisión, resulta evidente que se requiere una norma con rango de Ley, según los artículos 33, 149.1.6.^a y 8.^a, 117 y 105 de la Constitución». El Tribunal Supremo acoge estos argumentos y constata la vulneración del principio de reserva de Ley por parte de la Orden puesto que no se encuentra cobertura para la regulación impugnada en ninguna Ley.

En relación con la competencia para la aprobación de la Orden, el artículo 308 del Reglamento del Notariado señala que el Ministerio de Justicia es el órgano encargado de la acción del Gobierno en cuanto afecte a la fe pública notarial. Puesto que los apartados 3 y 4 del artículo 30 de la Orden recurrida afectan a la fe pública notarial, la competencia sobre dicha materia correspondía a ese Ministerio y no al Ministerio de Economía y Hacienda. La Orden afectaba, por tanto, a varios Departamentos, por lo que debía emanar del Ministerio de Presidencia a propuesta de los Ministerios interesados (artículo 25 f) Ley 50/1997). Al no haberse observado esta norma imperativa se incurre en otra causa de nulidad de pleno Derecho por incompetencia y vulneración de una norma de superior jerarquía.

B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

La **STS de 21 de marzo de 2013** (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 5.^a, ponente: Mariano de Oro-Pulido López, núm. rec.: 5085/2009), Id Cendoj: 28079130052013100097, resuelve el recurso de casación interpuesto por un particular contra la Sentencia de 30 de junio de 2009, pronunciada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente en casación contra el Decreto 124/2006, de 14 de diciembre, del Gobierno del Principado de Asturias, por el que se aprobó el Plan Rector de Uso y Gestión y Plan de Desarrollo Sostenible del Parque Natural de las Fuentes de Narcea, Degaña e Ibias en el Principado de Asturias. El recurrente solicita que se case y anule la Sentencia de instancia y que se dicte nueva Sentencia que declare la nulidad total del precitado Decreto. Por su parte, el Tribunal se remite a su jurisprudencia anterior y entiende que se han producido vicios invalidantes en la tramitación del Plan, que deben llevar a estimar el recurso interpuesto.

7. INSTRUCCIÓN

A) Las instrucciones que no poseen carácter normativo no son susceptibles de impugnación

En la **STS de 8 de marzo de 2013** (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 7.^a, ponente: José Díaz Delgado, núm. rec. 317/2011), Id Cendoj: 28079130072013100108, se resuelve el recurso cont.-admvo. interpuesto por la Asociación Sindical de Secretarios de la Administración de Justicia y Colegio Nacional de Secretarios Judiciales contra la Instrucción 1/2011, de 31 de marzo, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre el funcionamiento de las unidades procesales de apoyo directo a jueces y magistrados y su actuación coordinada con los servicios comunes procesales. Puesto que los problemas suscitados son idénticos a los planteados en un supuesto precedente, el Tribunal se remite a la solución brindada en su Sentencia de 4 de junio de 2012.

Para resolver este recurso el Tribunal considera preciso, en primer lugar, tener en cuenta lo que dice el artículo 106 del Reglamento 1/2005, que reza como sigue: “El Pleno del Consejo General del Poder Judicial podrá dictar las instrucciones que considere necesarias para garantizar la correcta coordinación, conexión e interrelación entre las unidades procesales de apoyo directo y los servicios comunes procesales, y la homogeneidad en las actuaciones de los servicios comunes de la misma clase en todo el territorio nacional.

Las referidas instrucciones en ningún caso podrán incidir en el ejercicio de la función jurisdiccional o en las competencias de las Administraciones Públicas en el ámbito de la Administración de Justicia. Para garantizar la adecuada coordinación de los servicios comunes podrán constituirse comisiones de seguimiento integradas por miembros de las Administraciones Públicas y representantes de los órganos de gobierno del Poder Judicial. En estas comisiones se integrará el Juez Decano de los órganos jurisdiccionales del Partido Judicial donde radique el servicio común”.

Pues bien, a la luz de esta norma entiende el Tribunal que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) no se ha extralimitado en sus competencias reglamentarias. A su juicio es innegable admitir que el correcto funcionamiento de las unidades procesales de apoyo directo y de los servicios comunes procesales es presupuesto ineludible para el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia. Por esa razón no deben encontrarse obstáculos para que el Órgano constitucional de Gobierno del Poder Judicial, a quien se reconoce con carácter genérico la competencia para reglamentar los aspectos accesorios de la Actuación Judicial, pueda dictar instrucciones, encaminadas a garantizar la coordinación entre aquellas unidades de apoyo y los servicios comunes procesales. El Tribunal concluye que la parte recurrente no justifica que la Instrucción haya ido más allá del establecimiento de los criterios generales que el artículo 438.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza al Consejo General del Poder Judicial a establecer, ni que haya sobrepasado los límites que a tal efecto le impone el artículo 106 del Reglamento 1/2005. Además, entiende que dichos criterios, en la medida en que no poseen alcance normativo, no son susceptibles de recurso contencioso-administrativo.

Con respecto a los posibles vicios formales, entiende el Tribunal que aunque no se incluye en el orden del día un punto que contemplara su aprobación, «no es menos cierto que sí figuraba el de la dación de cuenta al respecto, que era un asunto sobre el que el Consejo General del Poder Judicial venía trabajando con anterioridad, que se consideró urgente y que los vocales tenían conocimiento de él. Sucede, por otra parte, que la documentación correspondiente se puso a disposición de los miembros del Pleno la víspera de su reunión». Con base en estos argumentos entiende el Tribunal que ninguno de los posibles vicios formales tienen efectos invalidantes.

8. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de seguridad jurídica: no se infringe cuando se remite a los planes la concreción de conceptos jurídicos indeterminados

La **STC 19/2013, de 31 de enero**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat Valenciana contra diversos preceptos de la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional. La derogación que se impugna afecta al conjunto de las previsiones normativas relativas a las transferencias de agua entre el Bajo Ebro y las cuencas hidrológicas internas de Cataluña, del Júcar, del Segura y del Sur, genéricamente conocido como «trasvase del Ebro», que se contiene en la Ley 11/2005 pero trae causa de la tramitación del Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional. Esta circunstancia explica que la mayor parte de las cues-

tiones que son objeto de este proceso constitucional hayan sido ya resueltas en la STC 237/2012, de 13 de diciembre, recaída en el recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Gobierno de la Generalitat Valenciana contra el citado Real Decreto-ley 2/2004.

Uno de los preceptos impugnados en el recurso es el artículo 42.1 b) c') del texto refundido de la Ley de aguas, en la redacción dada por el apartado cuatro de la disposición final primera de la Ley 11/2005, que, entre los contenidos que deben recogerse en los planes de cuenca se incluya la asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros, así como para la conservación y recuperación del medio natural. A este efecto, prevé que se determinarán los caudales ecológicos, entendiendo como tales los que mantienen, como mínimo, la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar en el río, así como su vegetación de ribera.

En concreto la invocación de la vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE por parte de los recurrentes se refiere al concepto de caudal ecológico, que consideran falto de motivación, de difícil plasmación práctica, absurdo, etc.

El Tribunal reitera que su función no es ser el juez del acierto técnico o la oportunidad de las leyes, y añade que no existe una quiebra constitucionalmente relevante de la seguridad jurídica, cuando la Ley utiliza conceptos indeterminados, indispensables por cuanto no son sustituibles por referencias concretas, remitiéndose a reglamentaciones específicas en áreas en que la complejidad técnica o la necesidad de una previa ordenación del sector así lo exijan.

El Tribunal expone que el precepto impugnado contiene una previsión de estas características. Al no poder concretarse en la ley cuál deba ser el volumen del caudal ecológico que en cada río, o en cada tramo de río, haya de constituir la reserva de agua destinada a la conservación y recuperación del medio natural, se fija un concepto cualitativo cuya determinación cuantitativa se defiere al plan hidrológico, que de contener una decisión que se considerara contraria a Derecho, puede ser, lógicamente, combatida a través de los cauces previstos en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, se desestima la impugnación del artículo 42.1 b) c') del texto refundido de la Ley de aguas, en la redacción dada por el apartado cuatro de la disposición final primera de la Ley 11/2005.

B) Principio de interdicción de la arbitrariedad: se vulnera cuando una norma es discriminatoria o carece de toda justificación

La **STC 19/2013, de 31 de enero**, a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat Valenciana contra diversos preceptos de la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional, también hace referencia a la posible vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad.

Para los recurrentes, la modificación de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional, se considera «caprichosa, inconsecuente o incoherente» y, por tanto, arbitraria. La «coherencia y motivación racional» de las decisiones adoptadas en la Ley del plan hidrológico nacional, que es objeto de modificación, derivaban de los trámites prelegislativos del proceso de elaboración de la Ley 10/2001, de 5 de julio, que lo aprobó,

por lo que, a juicio de los recurrentes, sólo reproduciendo esos mismos trámites podría modificarse la Ley sin afectar a su coherencia y racionalidad.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, considera que la quiebra de la coherencia del plan hidrológico nacional, más allá de la legítima discrepancia sobre su contenido no ha sido justificada por los recurrentes. A continuación el Tribunal recuerda su jurisprudencia sobre el principio de interdicción de arbitrariedad consagrado por el artículo 9.3 CE en el sentido que se expone a continuación: «el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda justificación, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias».

En este sentido, la modificación parcial de la Ley del Plan Hidrológico Nacional responde a razones expuestas con detalle en el preámbulo, no siendo relevante el hecho de que estas razones puedan no haber convencido a los recurrentes. Pero esta discrepancia no es razón suficiente para declarar su inconstitucionalidad.

Finalmente, el Tribunal relaciona el principio de interdicción de la arbitrariedad con el de seguridad jurídica. Alegan los recurrentes que la arbitrariedad, se produce también como consecuencia de la quiebra de la confianza legítima, por afectar a las legítimas expectativas de los poderes públicos y de la ciudadanía. Sin embargo, el Tribunal considera que «la observancia estricta de esta línea argumental abocaría a la petrificación del ordenamiento desde el momento en que una norma promulgada hubiese generado en un sector de la ciudadanía o entre algunos poderes públicos la confianza en su vigencia más o menos duradera... , y no sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con nuestra doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima, no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento».

En el mismo sentido, la **STC 51/2003, de 28 de febrero**, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, en relación con el Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional. Uno de los argumentos que aducen los recurrentes es que la regulación del Decreto-Ley impugnado infringe el principio de interdicción de la arbitrariedad. El Tribunal aplica la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia en párrafos anteriores.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ
SILVIA DÍEZ SASTRE

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PROCEDIMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.
 - A) **Naturaleza del acto administrativo.**
 - a) Instrucciones: acto administrativo inimpugnable.
3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Iniciación.**
 - a) Cómputo de plazos para la interposición de reclamaciones económico-administrativas e inaplicabilidad de la LEC.
 - B) **Tramitación.**
 - a) Carácter preceptivo y vinculante del informe sobre suficiencia de recursos hídricos.
 - b) Diligencia argucia que no interrumpe la prescripción en los procedimientos tributarios.
 - C) **Terminación.**
 - a) Inaplicación del instituto de caducidad en la aprobación de disposiciones de carácter general.
 - b) Circunstancias excepcionales previstas en la Ley para la ampliación del plazo máximo para resolver un procedimiento.
 - c) La extinción de una concesión, acto con efectos desfavorables a efectos de la declaración de caducidad.
 - d) Inexistencia de silencio administrativo positivo en la retasación.
 - e) Silencio administrativo positivo en materia de extranjería.
 - f) Silencio administrativo positivo en materia de derribo y reedificación de inmueble.
4. ELIMINACIÓN DEL ACTO.
 - A) **Recursos administrativos.**
 - a) Legitimación para impugnar actos administrativos: propietarios de terrenos expropiados.
 - b) Suspensión de ejecución de acto administrativo en reclamación económico-administrativa.

- c) Suspensión de ejecución de acto administrativo y autorización de entrada en domicilio.

B) Revisión de oficio.

- a) Revisión de acto declarativo: inexistencia.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de enero y marzo de 2013, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. En este período no hay pronunciamientos que merezcan ser especialmente destacados, salvo si se hace referencia a que en el periodo analizado se dictan casi una cuarentena sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª) que desestiman los recursos contencioso-administrativo interpuestos por diversas entidades bancarias frente a las Resoluciones de la Junta Económico-Administrativa de Extremadura, desestimatoria de reclamaciones económico-administrativas interpuestas frente a denegación de solicitud de rectificación de autoliquidación del Impuesto sobre Depósitos de las Entidades de Créditos y providencia de apremio y de solicitud de suspensión de ejecución y frente a providencia de apremio.

2. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Naturaleza del acto administrativo

a) *Instrucciones: acto administrativo inimpugnable*

La **STSJ de Madrid de 28 de enero de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.ª), sentencia núm. 140/2013, conoce del recurso interpuesto frente a una resolución de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil por la que imparten instrucciones relativas a las reuniones entre los Jefes de Zonas, Comandancia o Unidades similares con miembros de las asociaciones representativas y sobre habilitación de locales para las asociaciones profesionales de la Guardia Civil en dependencias oficiales del Cuerpo. El Tribunal concluye que la resolución recurrida no tiene la entidad de una disposición de carácter general, pues no crea ni innova el ordenamiento jurídico. Es un acto que se ha dictado al amparo del artículo 21 LRJPAC y que se dirige exclusivamente desde los órganos superiores a los inferiores como manifestación clásica del principio de jerarquía y que despliega sus efectos en el ámbito puramente interno de la Administración, pues se limita a ser un instrumento clarificador. Se está ante un acto que no puede impugnarse ni en vía administrativa, ni en vía jurisdiccional, al no incluirse en ninguno de los supuestos a los que se refieren los artículos 25 y ss. LJCA como actividad administrativa impugnable. En cuanto normas meramente interpretativas desgajadas de la potestad reglamentaria derivada, sobre cuestiones domésticas, sólo vinculan a los organismos de gestión de la Administración pública de ella dependiente, y no constituyen un acto de aplicación individual.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Iniciación

- a) *Cómputo de plazos para la interposición de reclamaciones económico-administrativas e inaplicabilidad de la LEC*

La **STSJ de Castilla y León de 1 de febrero de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 471/2011, confirma el carácter extemporáneo de la reclamación económico-administrativa interpuesta e inadmitida. En primer lugar, se recuerda que conforme a consolidada jurisprudencia, en los plazos señalados por meses, el cómputo se hace de fecha a fecha y cuando en el mes de vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes. En segundo lugar, ante la alegación de vulneración de la tutela judicial efectiva, se recuerda la doctrina constitucional que establece que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, cuando en respuesta a las pretensiones deducidas frente al órgano jurisdiccional competente, se obtiene una resolución fundada en derecho, que puede ser de inadmisión, siempre que concurra una causa legal, como aquí ocurre. Por otra parte no se puede alegar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la causa es imputable a la falta de diligencia del interesado. En el presente caso está claro que la parte recurrente pudo presentar el escrito dentro de plazo y, sin embargo, no lo hizo, sin que sea admisible entender que la reclamación fue formulada dentro de plazo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 135.1 de la LEC, porque la LEC no resulta aplicable al procedimiento económico administrativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la LEC.

B) Tramitación

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

Las **SSTS de 23 de enero y de 15 de marzo de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recursos de casación núm. 3832/2009 y núm. 5304/2009, se pronuncian 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 este contexto señalan 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.

Aunque el Texto refundido de la Ley del Suelo no era entonces aplicable al supuesto enjuiciado, asimismo las citadas sentencias se pronuncian sobre la caracterización de dicho informe sobre suficiencia de recursos hídricos no como “vinculante” sino como “determinante”. 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 revisten 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, el informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos, en cuanto se basa en valoraciones que se mueven en el ámbito de la competencia exclusiva estatal, es, sin ambages, vinculante.

b) *Diligencia argucia que no interrumpe
la prescripción en los procedimientos tributarios*

La **STSJ de Madrid de 29 enero de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 758/2010, se pronuncia sobre la efectividad de la prescripción en el ámbito tributario durante la tramitación de los procedimientos económico-administrativos. Recuerda la jurisprudencia sentada por esta Sala por la que, aunque no exista una definición de «diligencia argucia o irrelevante», hay que señalar que solo interrumpe la prescripción la actividad administrativa en la que concurren las siguientes notas: 1) actividad real dirigida a la finalidad de la liquidación o recaudación de la deuda tributaria, 2) que sea jurídicamente válida, 3) notificada al sujeto pasivo, y 4) precisa en relación con el concepto impositivo que se trate. Ello significa que sólo son susceptibles de interrumpir la prescripción los actos tendencialmente ordenados a iniciar o a proseguir los respectivos procedimientos administrativos o que, sin responder a la mera finalidad de interrumpir la prescripción, contribuyan efectivamente a la liquidación, la recaudación o la imposición de sanción en el marco del impuesto de que se trate; por el contrario, debe prescindirse de aquellas actuaciones que resulten puramente dilatorias, como las que se limitan a dejar constancia de un hecho evidente, a anunciar la práctica de actuaciones futuras, a recoger la documentación presentada sin efectuar valoración alguna o a reiterar la solicitud de una documentación que ya obra en el expediente. En el caso de autos, la diligencia que se limita a dejar constancia de la aportación de la escritura de constitución de la sociedad recurrente, documento que no había sido requerido de forma expresa por la Inspección, no resulta relevante a los fines del procedimiento inspector, por lo que se califica como diligencia dilatoria, que no interrumpe la prescripción.

C) Terminación

a) *Inaplicación del instituto de caducidad
en la aprobación de disposiciones de carácter general*

La **STS de 29 de enero de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 3801/2010, confirma la decisión de la sentencia de instancia, de anulación de la declaración de caducidad del procedimiento de homologación, plan parcial

y programa de actuación integrada. Según jurisprudencia consolidada, la institución de la caducidad del procedimiento administrativo se circunscribe a los procedimientos de producción de actos o resoluciones administrativas, no a los de aprobación de disposiciones de carácter general. Por esa razón, y conforme a la legislación sectorial de la ordenación territorial y urbanística, los efectos que genera la demora o inactividad de la Administración en la tramitación de un instrumento de ordenación no son los de la caducidad del procedimiento sino los del silencio administrativo, positivo o negativo según los casos.

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

La **STS de 30 de enero de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.^a), recurso de casación núm. 6753/2009, reitera los recientes pronunciamientos jurisprudenciales sobre los aspectos reguladores de la habilitación para la ampliación del plazo para resolver según el artículo 42.6 LRJPAC. Tras dicho análisis y en contra del pronunciamiento de la sentencia de instancia, declara que la ampliación del plazo para resolver no está suficientemente motivada: no se justifica que previamente a la ampliación se hubieran agotado todos los medios a disposición posibles, ni contiene la resolución una motivación clara de dicha ampliación. La «complejidad» de los procedimientos de deslinde marítimo-terrestre no es una justificación suficiente, pues precisamente por la peculiaridad que tienen dichos procedimientos el legislador estableció un plazo de veinticuatro meses para resolver y notificar la resolución en dichos procedimientos. Ante la improcedencia de la ampliación del plazo, el TS anula la sentencia de instancia, que había considerado válida esa ampliación y había denegado la caducidad del procedimiento de deslinde.

c) *La extinción de una concesión, acto con efectos desfavorables a efectos de la declaración de caducidad*

La **STS de 21 de febrero de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 6861/2010, confirma la sentencia de instancia declaratoria de la caducidad de un procedimiento sobre extinción del derecho al uso privativo de un aprovechamiento de aguas. Como fundamento de la aplicación del artículo 44.2 LRJPAC al caso concreto, el Tribunal señala que la declaración de extinción del derecho del uso privativo de las aguas, aunque evidentemente no supone la imposición de una sanción en su significado jurídico más preciso, es innegable que incide directamente en la esfera de derechos e intereses patrimoniales del titular de la concesión. Aunque podría sostenerse que la liberación del bien demanial es beneficiosa para el interés general, el aspecto del procedimiento que presenta mayor relevancia y que lo hace reconocible, es el de la declaración de caducidad por la consecuencia que comporta, esto es, la extinción y privación del derecho de utilización privativa de un bien demanial. En este contexto, y en relación a los diversos significados del término caducidad empleados por el legislador, la sentencia señala lo siguiente: «Ocurre, con todo, que la legislación de aguas denomina caducidad tanto a la extinción del derecho por el transcurso del plazo de la concesión como a los supuestos de incumplimiento de condiciones, o, como aquí ocurría, por la interrupción de la explotación; y que, además de la caducidad, también son causas de extinción de

las concesiones la expropiación forzosa o la renuncia del concesionario. Esa variedad de situaciones, no impide sin embargo afirmar que los procedimientos tramitados para declarar la caducidad de la concesión por la interrupción de la explotación durante tres años por causa imputable al titular constituyen supuestos “de intervención”, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen. Y, por tanto, en esos procedimientos la no resolución en plazo determina la caducidad del procedimiento» (FJ 4.º).

d) Inexistencia de silencio administrativo positivo en la retasación

La **STS de 26 de febrero de 2013** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.ª), recurso de casación núm. 5286/2010, sobre retasación de terrenos expropiados, señala que la solicitud de “actualización del justiprecio”, no tiene encaje en la categoría de procedimientos administrativos iniciados a solicitud del interesado, a los efectos de reconocer efectos positivos a la falta de resolución expresa de la Administración. Así, como ha establecido la jurisprudencia de esta misma Sala, la solicitud de retasación no inicia un procedimiento nuevo y autónomo, sino que tal petición se inserta en el procedimiento iniciado antes de oficio por la Administración en el que se reconoció el justiprecio, y en el que obran todos los datos para conocer si el interesado tiene o no derecho a la actualización que reclama.

e) Silencio administrativo positivo en materia de extranjería

La **STSJ de Islas Baleares de 7 enero de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.ª), sentencia núm. 2/2013, recurso de apelación núm. 359/2012, se pronuncia sobre la inactividad de la Administración para emitir un certificado de silencio positivo solicitado en relación con una solicitud de residencia de larga duración. Para ello, recuerda el sentido del acto presunto positivo como un verdadero acto administrativo, en aplicación del artículo 43 LRJPAC para todas aquellas solicitudes cuya estimación habilitaría al solicitante para el ejercicio de derechos preexistentes. En el caso de autos y tratándose de una solicitud de residencia permanente, y sin que la existencia de antecedentes penales se considere causa suficiente para denegar el permiso, al estar sometido a una valoración por la Administración, en dicho procedimiento es aplicable el régimen del silencio positivo. Al tratarse de un acto favorable para el extranjero, la administración, en su caso, deberá acudir necesariamente a la vía de revisión de sus actos (artículos 102 y siguientes LRJPAC) para combatir ese acto.

f) Silencio administrativo positivo en materia de derribo y reedificación de inmueble

La **STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), Sentencia núm. 228/2013, recurso contencioso-administrativo núm. 734/2009, destaca que la autorización gubernativa en relación con las circunstancias legales para autorizar la demolición no puede calificarse como discrecional, sino que el solicitante debe probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de tales preceptos y específicamente la necesidad del derribo de la nueva construcción. Se trata de un procedimiento

en el que es aplicable el régimen del silencio positivo, y el plazo general de resolución de tres meses, por lo que la solicitud de un informe cuando habían transcurrido ya más de tres meses no suspendió el plazo para resolver. El Tribunal por ello anula la resolución denegatoria del certificado acreditativo de haberse obtenido por silencio administrativo positivo la autorización para el derribo y la reedificación del inmueble.

4. ELIMINACIÓN DEL ACTO

A) Recursos administrativos

a) *Legitimación para impugnar actos administrativos: propietarios de terrenos expropiados*

La **STS de 18 de febrero de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), recurso de casación núm. 5719/2009, afirma, en relación con los propietarios afectados por la instalación de líneas eléctricas, que la legitimación para impugnar los actos administrativos previos y ulteriores del procedimiento expropiatorio subsiste cuando la transmisión de la titularidad de las fincas afectadas se hace en términos que siguen atribuyendo a sus antiguos propietarios los beneficios derivados de la eventual impugnación de los actos administrativos que autorizaron las citadas instalaciones eléctricas.

b) *Suspensión de ejecución de acto administrativo en reclamación económico-administrativa*

El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura dicta casi una cuarentena de sentencias que desestiman los recursos contencioso-administrativo interpuestos por diversas entidades bancarias frente a las Resoluciones de la Junta Económico-Administrativa de Extremadura, desestimatoria de reclamaciones económico-administrativas interpuestas frente a denegación de solicitud de rectificación de autoliquidación del Impuesto sobre Depósitos de las Entidades de Créditos y providencia de apremio y de solicitud de suspensión de ejecución y frente a providencia de apremio. Considera el Tribunal que no existe un acto administrativo que pueda ser objeto de suspensión. El contribuyente puede, en todo caso, solicitar el aplazamiento o fraccionamiento del pago de la deuda tributaria autoliquidada, pero no suspender su ingreso, por ser una posibilidad no prevista por el legislador.

En particular, por citar sólo alguna de ellas, se tratan de las **SSTSJ de Extremadura de 15 de enero** (recursos contencioso-administrativo núm. 465/2004, 468/2004 y 474/2004), de **17 de enero** (recurso contencioso-administrativo núm. 471/2004), de **7 febrero** (recurso contencioso-administrativo núm. 681/2007), de **8 de febrero** (recursos contencioso-administrativo núm. 670/2007 y 674/2007), de **12 de febrero** (recursos contencioso-administrativo núm. 467/2004, 477/2004 y 682/2007), de **14 febrero** (recursos contencioso-administrativo núm. 679/2007, 265/2009 y 275/2009), de **18 febrero** (recurso contencioso-administrativo núm. 673/2007), de **19 febrero** (recursos contencioso-administrativo núm. 678/2007, 680/2007 y 277/2009), de **21 febrero** (recursos contencioso-administrativo núm. 672/2007, 684/2007 y 745/2009), de **26 febrero** (recursos contencioso-administrativo núm. 676/2007, 267/2009 y 739/2009), de **27 febrero** (recurso

contencioso-administrativo núm. 9/2006), de **28 febrero** (recursos contencioso-administrativo núm. 274/2009, 736/2009, 742/2009 y 748/2009), de **5 marzo** (recurso contencioso-administrativo núm. 743/2009), de **7 marzo** (recursos contencioso-administrativo núm. 11/2006, 273/2009 y 744/2009), de **12 marzo** (recursos contencioso-administrativo núm. 268/2009 y 737/2009), y de **19 marzo de 2013** (recursos contencioso-administrativo núm. 801/2010 y 807/2010).

c) *Suspensión de ejecución de acto administrativo y autorización de entrada en domicilio*

La **STSJ de Madrid de 10 de enero de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.^a), sentencia núm. 17/2013, se pronuncia acerca de la relación existente entre la exigencia de autorización judicial para una entrada en un domicilio, solicitada por el Ayuntamiento de Madrid, y la ejecución de un desalojo de una finca. El Tribunal de instancia deniega tal autorización de entrada en domicilio con base en que el acto administrativo de cobertura se encuentra recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Para el Tribunal, es claro que el Ayuntamiento, al solicitar la autorización de entrada de domicilio ante un órgano judicial distinto del que venía entendiendo del acto administrativo en que se amparaba la autorización solicitada, obró en disconformidad a Derecho. Por tanto, todas y cada una de las cuestiones que el apelante plantee sobre la actuación administrativa en relación con la ejecución de las actuaciones que se vienen conociendo en los autos del procedimiento principal, incluso su ejecutividad, deberán ser cuestionadas ante el órgano judicial que está conociendo de dicho procedimiento.

B) Revisión de oficio

a) *Revisión de acto declarativo: inexistencia*

La **STS de 22 de enero de 2013** (sala de lo contencioso-administrativo, sección 4.^a), recurso de casación, conoce de la impugnación de una resolución de la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Diputación General de Aragón «por la que se somete a información pública el procedimiento para la identificación, delimitación física de la ruta y del entorno afectado por el Camino de Santiago en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón», en la medida que la nueva delimitación física de la ruta y del entorno del Camino de Santiago afecta a las obras en curso del embalse de Yesa. Considera el Tribunal que la conformidad de la Administración de la Comunidad Autónoma con el proyecto de recrecimiento del embalse de Yesa, dado el procedimiento en que se prestó, su objeto y fines, no es en sí misma un acto declarativo de derechos. Tampoco la resolución impugnada declara la nulidad o lesividad del acto administrativo, ni, por tanto, había de seguir el procedimiento que se regula en los artículos 102 y 102 LRJPAC.

ÍNDICE

Acto administrativo

— Acto inimpugnable: instrucciones [STSJ de Madrid de 28 de enero de 2013, sentencia núm. 140/2013, **crónica V.2.A.a**]

Caducidad

- Inaplicación del instituto de caducidad en la aprobación de disposiciones de carácter general [STS de 29 de enero de 2013, recurso de casación núm. 3801/2010, **crónica V.3.C.a**]
- La extinción de una concesión, acto con efectos desfavorables a efectos de la declaración de caducidad [STS de 21 de febrero de 2013, recurso de casación núm. 6861/2010, **crónica V.3.C.c**]

Procedimiento

- Carácter preceptivo y vinculante del informe sobre suficiencia de recursos hídricos [SSTS de 23 de enero y de 15 de marzo de 2013, recursos de casación núm. 3832/2009 y núm. 5304/2009, **crónica V.3.B.a**]
- Circunstancias excepcionales previstas en la Ley para la ampliación del plazo máximo para resolver un procedimiento [STS de 30 de enero de 2013, recurso de casación núm. 6753/2009, **crónica V.3.C.b**]
- Cómputo de plazos para la interposición de reclamaciones económico-administrativas e inaplicabilidad de la LEC [STSJ de Castilla y León de 1 de febrero de 2013, recurso núm. 471/2011, **crónica V.3.A.a**]
- Diligencia argucia que no interrumpe la prescripción en los procedimientos tributarios [STSJ de Madrid de 29 enero de 2013, recurso contencioso-administrativo núm. 758/2010, **crónica V.3.B.b**]

Recursos administrativos

- Legitimación para impugnar actos administrativos: propietarios de terrenos expropiados [STS de 18 de febrero de 2013, recurso de casación núm. 5719/2009, **crónica V.4.A.a**]
- Suspensión de ejecución de acto administrativo en reclamación económico-administrativa [SSTSJ de Extremadura de 15 de enero (recursos contencioso-administrativo núm. 465/2004, 468/2004 y 474/2004), de 17 de enero (recurso contencioso-administrativo núm. 471/2004), de 7 febrero (recurso contencioso-administrativo núm. 681/2007), de 8 de febrero (recursos contencioso-administrativo núm. 670/2007 y 674/2007), de 12 de febrero (recursos contencioso-administrativo núm. 467/2004, 477/2004 y 682/2007), de 14 febrero (recursos contencioso-administrativo núm. 679/2007, 265/2009 y 275/2009, de 18 febrero (recurso contencioso-administrativo núm. 673/2007), de 19 febrero (recursos contencioso-administrativo núm. 678/2007, 680/2007 y 277/2009), de 21 febrero (recursos contencioso-administrativo núm. 672/2007, 684/2007 y 745/2009), de 26 febrero (recursos contencioso-administrativo núm. 676/2007, 267/2009 y 739/2009), de 27 febrero (recurso contencioso-administrativo núm. 9/2006), de 28 febrero (recursos contencioso-administrativo núm. 274/2009, 736/2009, 742/2009 y 748/2009), de 5 marzo (recurso contencioso-administrativo núm. 743/2009), de 7 marzo (recursos contencioso-administrativo núm. 11/2006, 273/2009 y 744/2009), de 12 marzo (recursos contencioso-administrativo núm. 268/2009 y 737/2009), y de 19 marzo de 2013 (recursos contencioso-administrativo núm. 801/2010 y 807/2010), **crónica V.4.A.b**].

- Suspensión de ejecución de acto administrativo y autorización de entrada en domicilio [STSJ de Madrid de 10 de enero de 2013, sentencia núm. 17/2013, **crónica V.4.A.c**]

Revisión de oficio

- Revisión de acto declarativo: inexistencia [STS de 22 de enero de 2013, **crónica V.4.B.a**]

Silencio administrativo

- Inexistencia de silencio administrativo positivo en la retasación [STS de 26 de febrero de 2013, recurso de casación núm. 5286/2010, **crónica V.3.C.d**]
- Silencio administrativo positivo en materia de derribo y reedificación de inmueble [STSJ de Madrid de 20 de febrero de 2013, Sentencia núm. 228/2013, recurso contencioso-administrativo núm. 734/2009, **crónica V.3.C.f**]
- Silencio administrativo positivo en materia de extranjería [STSJ de Islas Baleares de 7 enero de 2013, sentencia núm. 2/2013, recurso de apelación núm. 359/2012, **crónica V.3.C.e**]

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN
LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO

CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL CONCURSO FIJADOS POR EL PLIEGO. NECESIDAD DE MOTIVACIÓN.
 3. PERFECCIÓN DEL CONTRATO.
 4. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.
 5. REVISIÓN DE PRECIOS.
 6. EJECUCIÓN DEL CONTRATO. DEVOLUCIÓN DE GARANTÍAS.
 7. INTERESES DE DEMORA EN EL PAGO DE CERTIFICACIONES.
 8. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.
 - A) Falta de concurrencia de causa.
 - B) Ejecución de avales.
 - C) Efectos.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de febrero a junio 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. VALORACIÓN DE LOS CRITERIOS DEL CONCURSO FIJADOS POR EL PLIEGO. NECESIDAD DE MOTIVACIÓN

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2013** (Recurso de Casación 2300/2011), asumiendo los razonamientos de la sentencia de instancia, reitera nuevamente el criterio consolidado en materia de valoración de la adjudicación realizada en un concurso: «(...) La decisión viene reflejada por la puntuación obtenida por cada una de las licitadoras y dicha puntuación (siempre que no sea arbitraria) constituye el “núcleo duro” de la discrecionalidad técnica de la Administración, inmune a la revisión jurisdiccional, ya que lo contrario supondría sustituir la apreciación (opinable) de aquélla por la apreciación

(igualmente opinable) del Juez, auxiliado —o no— por un Perito, prevaleciendo esta última, única y exclusivamente, por su posición institucional, sin que la opinabilidad de ambas apreciaciones autorice, a juicio de esta Sala y Sección, a sustituir la valoración inicial de la Administración, a menos que, *grosso modo*, se advirtiesen errores materiales evidentes y sustanciales o una clara arbitrariedad. Ahora bien, como hemos tenido ocasión de afirmar en otras sentencias de esta Sala y Sección, la mera expresión numérica —legalmente irreprochable— es totalmente insuficiente para conocer si los criterios de valoración han sido correctamente apreciados... Esa explicitación de la ponderación, además de ir encaminada a ilustrar al órgano decisor respecto de la forma en la que la Mesa —órgano de carácter técnico que auxilia al órgano de contratación— ha aplicado los criterios valorativos reflejados en el Pliego, elemento de juicio necesario para valorar la pertinencia de la Propuesta *in genere* y, consiguientemente, asumirla o rechazarla, constituye también la motivación de la Resolución decisoria del concurso cuando asume dicha Propuesta. Motivación que, además y en caso de impugnación, permitirá al órgano jurisdiccional valorar si los parámetros interpretativos aplicados por la Mesa se ajustan a los criterios de valoración establecidos en el Pliego, posibilitando una revisión global de dicha actuación. Esta ponderación de los criterios valorativos del Pliego —que ha de acompañar a la Propuesta— resulta imprescindible, aún más, en supuestos como el de autos donde algunos de los criterios de valoración establecidos en dicha Cláusula permiten interpretaciones diversas, indiferentes jurídicamente en muchos casos, y ello porque aún cuando la elección entre esos posibles indiferentes jurídicos corresponda a la Administración —elección que quedará extramuros de la revisión jurisdiccional, salvo que resulte arbitraria o notoriamente errónea—, el control jurisdiccional encaminado a excluir todo atisbo de arbitrariedad o error manifiesto en la decisión impugnada ha de operar necesariamente sobre esa “ponderación de criterios indicados en los Pliegos...”, motivación mínima imprescindible, justificativa de la baremación numérica, con la que el Legislador trata de garantizar “ese control jurisdiccional...”. La valoración efectuada por la Comisión correspondiente entra en lo que se denomina discrecionalidad técnica, no siendo de recibo sustituir por los propios de la recurrente los criterios de adjudicación tenidos en cuenta por la Administración demandada en uso de facultades fundamentadas en juicios o valoraciones de carácter técnico efectuados por la Comisión de Valoración calificando las ofertas presentadas» (...).

3. PERFECCIÓN DEL CONTRATO

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos) de 22 de febrero de 2013** (Recurso de Apelación núm. 279/2012) considera probada la existencia de un contrato, suscrito de forma verbal, entre un Ayuntamiento y un escultor para la realización de una obra escultórica, puesto que el Ayuntamiento realizó el encargo y fue el destinatario de la escultura y que además referida corporación recibió en principio una maqueta de la escultura, introdujo modificaciones en la misma, recibió diversas fotografías de la obra en ejecución y de su evolución, e incluso incluyó la factura de dicha obra en el Informe de Tesorería-Intervención dentro de una relación referente tanto a obligaciones reconocidas como pendiente de pago como también de facturas pendientes de reconocimiento, dicho Ayuntamiento al verificar todo ese actuar también asumió frente al escultor la obligación de pagar dicho encargo.

4. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2013** (Recurso de Casación núm. 5461/2011) precisa el alcance la obligación del contratista de cumplir con la modificación acordada por el órgano de contratación. Al respecto precisa, por referencia al Texto Refundido de 2000, que «(...)Es en este contexto en el que debe interpretarse el artículo 146.2, como sostiene el Abogado del Estado, que no hace referencia a la obligatoriedad de continuar la obra modificada por el contratista, sino al precio del modificado, que es fijado por la Administración, y que posibilita a ésta, de no estar conforme el interesado con el precio fijado, (que por supuesto puede impugnar, lo que no ocurre en el caso presente), optar por ejecutar por ella misma la parte modificada o encargarla a un tercero. Pero esta es una potestad que la Administración puede no ejercitar, como ocurre en el presente caso, donde el proyecto se ha modificado reforzando la cimentación, lo que impide que sean dos empresas distintas las que lo realicen, con la consecuencia de que sigue vigente la obligatoriedad para el contratista de ejecutar las obras, siempre que no superen los umbrales del artículo 149, letra e) y solicite el contratista la resolución, y sin perjuicio de que éste impugne el precio fijado unilateralmente por la Administración (...)».

5. REVISIÓN DE PRECIOS

El contratista puede solicitar la revisión de precios, caso de que no haya sido realizada por el Director de Obra en la emisión de las correspondientes certificaciones de obra, hasta que se proceda a la liquidación del contrato de obras. Por ello, la falta de reclamación frente a unas certificaciones de obra que no incluyan la revisión de precios no afecta al derecho a reclamar las cantidades que correspondan, lo que se podrá realizar hasta la liquidación de las obras, ya que la naturaleza de las certificaciones es la de pagos a cuenta. En consecuencia, no puede rechazarse la revisión de precios amparándose en la prescripción de tal derecho cuando aún no se ha practicado la liquidación definitiva, **Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de enero de 2013** (Recurso contencioso-administrativo núm. 133/2011). Por el contrario, efectuada la liquidación definitiva sin oposición del contratista, no puede éste solicitar posteriormente la revisión de precios, **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 17 de enero de 2013** (Recurso contencioso-administrativo núm. 1916/2009). Es más, la citada Sentencia rechaza que deba procederse al restablecimiento del equilibrio financiero por concurrir un riesgo imprevisible como consecuencia del aumento del precio de uno de los materiales, puesto que para ello resulta necesario acreditar los siguientes extremos: «(...) a) existencia de un incremento del coste de uno de los materiales; b) que ese incremento escape a las oscilaciones previsibles de su coste en tanto que habituales durante un espacio de tiempo suficiente en relación con el plazo de ejecución del contrato, por ello merece ser calificado como extraordinario e inesperado; c) que incida negativamente en el equilibrio económico-financiero del contrato y esto en el sentido de que reduzca notablemente el margen de beneficio industrial de la contratista, y d) demostración mediante prueba pericial de todos esos extremos (...)».

6. EJECUCIÓN DEL CONTRATO. DEVOLUCIÓN DE GARANTÍAS

La legislación sobre contratación pública distingue tres periodos perfectamente diferenciados en la responsabilidad de los contratistas: el primero se inicia con la recepción de la obra, momento en que se produce la entrega de la misma a la Administración y comienza el periodo de garantía, en el que el contratista responde de los defectos de construcción, quedando igualmente obligado a efectuar las labores de conservación y policía, asumiendo la administración los demás riesgos, salvo por vicios ocultos; el segundo comienza cuando se extingue el plazo de garantía y se refiere exclusivamente a los «vicios ocultos por incumplimiento del contrato por parte del contratista, esto es, a aquellos cuya existencia no se ha podido delatar en ese periodo anterior, precisamente porque no tenían una manifestación externa y, además, determinan la ruina de lo construido; el tercero y último es el que se inicia a partir de los 15 años desde la recepción, en el cual el contratista no tiene ninguna responsabilidad.

Correctamente precisa la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 28 de febrero de 2013** (Recurso contencioso-administrativo núm. 513/2011), que transcurrido el plazo de garantía de 1 año, la Administración debe proceder a la devolución de la garantía definitiva, sin que pueda retener esta durante el plazo de 15 años, de responsabilidad del contratista por vicios ocultos. En el hipotético supuesto de que estos aparecieran, la Administración podrá exigir a la contratista los daños y perjuicios causados pero no mediante la ejecución de la garantía definitiva. La Sentencia también precisa que los daños a los que debe hacer frente el contratista transcurrido el plazo de garantía son los vicios de la construcción imputables al contratista por incumplimiento del contrato que no se hubieran podido detectar en el periodo de garantía y que, además, den lugar a la ruina de la obra. Esta última exigencia ha de interpretarse en un sentido amplio e independiente del concepto de ruina en el ámbito urbanístico, debiendo incluirse en la misma tanto el derrumbe, como el deterioro total y la denominada «ruina funcional», esto es, que presente defectos o vicios que hagan la obra inútil para la finalidad que le es propia.

7. INTERESES DE DEMORA EN EL PAGO DE CERTIFICACIONES

El cómputo de la prescripción de la obligación de abono de intereses se realiza tomando como referencia, no la fecha de la certificación o factura, sino la fecha del pago efectivo de la certificación o factura, hasta el momento en que se presenta la reclamación en vía administrativa, como recuerda la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de febrero de 2013** (Recurso 561/2011). El Tribunal recuerda igualmente que la Administración debe intereses de demora desde el día siguiente al trascurso 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, y ello con independencia de la fecha de su presentación en el registro municipal para el cobro, salvo que se acredite una demora excesiva imputable exclusivamente al contratista. 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 receptor.

La misma argumentación se reitera en la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de febrero de 2013** (Recurso contencioso-administrativo núm. 561/2011); en la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2013** (Recurso contencioso-administrativo núm. 664/2011); **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 22 de febrero de 2013** (Recurso de Apelación núm. 315/2012).

En todo caso, suscrita por la Administración contratante el acto de recepción a satisfacción de la Administración, y reconocida en la misma la existencia un exceso en la ejecución de las obras, éstas deben ser abonadas, en su caso con los correspondientes intereses de demora, **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 13 de febrero de 2013** (Recurso contencioso-administrativo 1200/2011).

8. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

A) Falta de concurrencia de causa

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de febrero de 2013** (Recurso contencioso-administrativo núm. 425/2010) rechaza la concurrencia de causa de resolución alguna en el contrato de concesión de obra pública suscrito por la Comunidad de Madrid y la empresa concesionaria para la construcción y explotación de una autovía por la falta de puesta a disposición del concesionario de los terrenos que debían ser expropiados por la Administración. El TSJ, tras recordar la consolidada doctrina a tenor de la cuál «(...) el Pliego de Cláusulas administrativas constituye la ley del contrato, con fuerza vinculante para las partes contratantes... la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables, son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración, como «ley primordial del contrato», resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego (...)», concluye que no existe causa de resolución. Y ello porque de la lectura del Pliego no se deduce que la Administración asumiera la obligación de entregar los terrenos en una fecha determinada, sino sólo cuando se concluyese el procedimiento expropiatorio.

En todo caso, el procedimiento para ejercer la prerrogativa de resolución unilateral del contrato administrativo debe configurarse como un procedimiento incoado de oficio, cuyo plazo máximo de resolución ante la falta de regulación expresa de la normativa sobre contratación pública es el de 3 meses previsto por la Ley 30/1992, que «(...)al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio, en el que la Administración ejerce potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, la caducidad y el archivo de las actuaciones (...)», como recuerda la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 13 de febrero de 2013** (Recurso contencioso-administrativo núm. 1107/2011)

B) Ejecución de avales

Como precisa la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2013** (Recurso contencioso-administrativo núm. 741/2010), resuelto un contrato por incumplimiento del contratista y acordada la ejecución de los avales presentados por el contratista en garantía de los pagos a cuenta, no procede ejecutar por la Administración un aval presentado respecto de una concreta factura que no ha sido pagada y que por tanto ha sido previamente cancelado cuando posteriormente es presentado de nuevo por el contratista para avalar otra factura que si ha sido pagada. La Audiencia Nacional señala que «(...) ante la ausencia del nacimiento de la obligación principal, toda vez que no fue pagada la factura que ha sido avalada, deviene imposible la existencia de la obligación accesoria que garantiza aquella; y no puede imputarse tal obligación accesoria en garantía de otra obligación distinta y sobre la que no se extiende la obligación del avalista, que como expresa el documento que constituye el aval, queda limitado exclusivamente a la obligación que expresamente se garantiza a través de la constitución de la caución, el abono de la factura FV8/0000013 (...)».

C) Efectos

Anulado el concurso para la adquisición de un inmueble, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2013** (Recuso de Casación núm. 4389/2011) precisa que resulta obligado el pago de los frutos a favor del titular del inmueble, como consecuencia impuesta por el artículo 47 del Reglamento General de la Ley de Contratos del Estado de 1975 pues «(...) es claro que la restitución recíproca de las cosas recibidas por el contrato, dispuesta por este precepto para los contratantes, a lo que va dirigida es a restablecer, en la mayor medida posible, la situación que estos habrían mantenido de no haberse llevado a cabo el cumplimiento del contrato; y si este restablecimiento exige para el comprador que recupere tanto el importe del precio como los intereses del mismo, con el fin de que estos reparen la no disponibilidad de ese precio mientras existió y cumplió el contrato, lógico es que el vendedor reciba la cosa vendida y una reparación también por la privación de su utilidad que sufrió durante la vigencia y ejecución del contrato (...)». Por ello, el propietario tiene derecho al abono del valor de uso del inmueble litigioso desde la fecha en que entregó a la Administración el inmueble hasta que se lleve a cabo su restitución.

JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO
BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. NOTA PREVIA.
2. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.
 - **Organización de la AGE. Exención de la condición de funcionario para poder ser designado titular de Direcciones generales. Exigencia de que la excepción a la regla general de reserva funcional del artículo 18.2 LOFAGE obedezca a meritorias razones justificadas en atención a las características específicas de las correspondientes funciones atribuidas.**
3. ADMINISTRACIÓN LOCAL.
 - A) **Alteración de términos municipales. Segregación de parte del territorio para constituir otro municipio. Denegación por no concurrir los requisitos necesarios exigidos por la normativa que han de hacerlo de manera acumulativa.**
 - B) **Competencias municipales.**
 - a) Ordenanzas reguladoras de telecomunicaciones: limitaciones a la instalación de antenas de telefonía móvil. Fijación de doctrina por la Sección Especial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.
 - b) Prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos municipales. El establecimiento de límites al derecho fundamental de libertad religiosa por un municipio exige una ley previa que lo permita.
 - c) Ordenanza de circulación de bicicletas del Ayuntamiento de Sevilla. No contradice la normativa estatal de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.
 - C) **Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Los concejales no adscritos no pueden percibir compensaciones económicas destinadas a órganos de Gobierno o a grupos municipales.**
 - D) **Organización municipal.**
 - a) La suspensión cautelar de funciones y militancia implica dejar de pertenecer al grupo político municipal a efectos de tramitar una moción de censura. Interpretación del requisito previsto en el artículo 197.1.a) LOREG.
 - b) Constitucionalidad del modelo organizativo básico diseñado por la Ley 57/2003 para los municipios de gran población. Inconstitucionalidad del precepto legal que permite nombrar como miembros de la Junta de Gobierno Local a personas distintas de los concejales elegidos en las elecciones. Autonomía local.

4. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS.

A) Colegios profesionales. Competencias sobre colegios profesionales: nulidad del precepto legal autonómico que exime del requisito de colegiación obligatoria de los funcionarios públicos autonómicos que ejercen su actividad al servicio de la respectiva Administración pública autonómica.

B) Profesiones tituladas.

- a) Titulación de Grado en Ingeniería Marina y Grado en Ingeniería Náutica y Transporte marítimo: No se trata de profesiones tituladas como sí lo son Ingeniería Naval y Oceánica, para la que se exige el título de Máster.
 - b) Competencias de los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas. No se consideran competentes para la redacción de un proyecto de Estaciones de Aguas Residuales, debiéndolo realizar un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.
 - c) 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.
-

1. NOTA PREVIA

En números anteriores de esta revista comentamos la estimación por el Tribunal Supremo de diversos recursos de casación interpuestos por la Administración del Estado, anulando las bases aprobadas por determinados Ayuntamientos del País Vasco por las que se regulaban las ayudas individuales de transporte a familiares de personas en régimen penitenciario (SSTS de 26 de junio de 2012, recurso 4271/2001, y de 4 de diciembre de 2012, recurso 4369/2011). Nuevamente el Tribunal Supremo en sus **SSTS de 28 de enero de 2013** adopta la misma solución en relación con las mismas ayudas convocadas por los Ayuntamientos de Zumaia (recurso 559/2012) y Zigoitia (recurso 57/2012).

Igualmente en la revista precedente reseñamos en materia de **profesiones tituladas** la STS de 30 de octubre de 2012 donde se anulaba la Orden Ministerial que regulaba las vías de acceso a los estudios de Máster que habilita para el ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial y que no exigía título universitario oficial español u otro expedido que acredite oficialmente la adquisición de las competencias y formación necesarias. La **STS de 12 de marzo de 2013** (recurso 362/2011) reproduce los mismos argumentos.

En fin, en lo que se refiere a la materia **Colegios Profesionales**, el **Tribunal Supremo** en su **sentencia de 21 de enero de 2013** vuelve a abordar el visado colegial obligatorio, en este caso entiende que no ha lugar al recurso contencioso-administrativo número 466/2010 interpuesto por el Colegio de Ingenieros Industriales de Cataluña y el Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales de Barcelona contra el Real Decreto número 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio. En el mismo sentido la **STS de 14 de enero de 2013** (recurso 431/2010) reproduce los argumentos de una serie de sentencias sobre el mismo objeto, que hemos ido reseñando en ediciones anteriores de la presente publicación.

2. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

— **Organización de la AGE. Exención de la condición de funcionario para poder ser designado titular de Direcciones generales. Exigencia de que la excepción a la regla general de reserva funcional del artículo 18.2 LOFAGE obedezca a meritorias razones justificadas en atención a las características específicas de las correspondientes funciones atribuidas**

El artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración general del Estado (LOFAGE), establece que los titulares de la Direcciones generales deben ser nombrados entre funcionarios que reúnan los requisitos de titulación previstos y cumplan los criterios de competencia profesional y experiencia en cada caso requeridos, salvo «que el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario».

En aplicación de esta excepción, no faltan desde luego los Reales Decretos de estructura de los Departamentos ministeriales que han previsto semejante exención de la condición de funcionario en el nombramiento del titular de la correspondiente Dirección general. Muchos de esos Reales Decretos han sido impugnados ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que tiene en consecuencia establecida ya una consolidada doctrina al respecto, que arranca de la STS de 21 de marzo de 2002, y han reiterado luego entre otras muchas las SSTS de 6 de marzo de 2007; 4 de junio de 2008, 21 de enero de 2009; 3 y 28 de septiembre de 2010, y 10 de abril de 2012.

En esta línea jurisprudencial se insertan las recientes **SSTS de 18 de diciembre de 2012** (recurso núm. 528/2010) y de **19 de febrero de 2013** (recurso núm. 241/2012). Ambas resuelven sendos recursos interpuestos por la Federación de asociaciones de los Cuerpos superiores de la Administración civil del Estado contra cinco Reales Decretos, en el primer caso, y otros dos, en el segundo, y que sumados establecen casi dos docenas de excepciones a la reserva funcional de otras tantas Direcciones generales.

El planteamiento de ambas sentencias es el mismo y puede resumirse ahora en las siguientes declaraciones.

i) La LOFAGE introdujo como garantía de objetividad en el servicio a los ciudadanos la profesionalización de los órganos directivos de la Administración General del Estado, incluidos los altos cargos con responsabilidad directiva en la estructura administrativa. En aplicación de ese principio, el artículo 18.2 de la Ley establece, en lo que ahora importa, que los Directores Generales, con carácter general, habrán de ser nombrados entre funcionarios que ostenten la titulación superior, y que, además, el nombramiento deberá ser acordado atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia.

ii) No obstante, el propio artículo 18.2 LOFAGER permite al Consejo de Ministros excluir que una determinada Dirección General sea servida de modo obligado por funcionario de carrera de nivel superior, pero esta exclusión (a) ha de venir contemplada precisamente en el Real Decreto de estructura del Departamento y (b) ha de tener como causa las «características específicas» de las funciones atribuidas a la Dirección General.

iii) El Consejo de Ministros goza de un cierto margen de apreciación y, por tanto, de discrecionalidad en suma, para apreciar qué tipo de características singulares aconsejan hacer uso de la citada potestad. Margen de apreciación que, además, se corresponde con la naturaleza estructural de este género de decisiones pertenecientes a un ámbito tradicionalmente reservado a la potestad autoorganizativa.

iv) Naturalmente esa decisión del Consejo de Ministros no es incondicionada ni escapa tampoco al control jurisdiccional. Para ser válida, la correspondiente decisión debe, además de respetar los elementos reglados del ejercicio de la citada potestad, contar con una justificación objetiva y expuesta en términos que permitan comprender las razones de la decisión, de forma que no sirven las simples consideraciones abstractas o los genéricos juicios de valor.

v) Aunque el artículo 18.2 LOFAGE no precisa cuáles son las circunstancias específicas que habilitan una decisión semejante, entre ellas destaca la de que las funciones de una determinada Dirección General no se correspondan con las correlativas, en preparación, experiencia y cometido, asignadas a los funcionarios de carrera.

De este modo, cuando el capacitación profesional y la experiencia reclamadas en cada caso coinciden con el perfil de un cuerpo funcional, la decisión de sustraer una determinada Dirección general a su régimen de provisión ordinario entre funcionarios de carrera no superaría ese filtro de control y habilitaría en consecuencia su anulación. Lógicamente, en otro caso, la decisión habrá de ser justo la contraria.

Aplicando esta doctrina las dos Sentencias citadas resuelven los respectivos recursos contenciosos y declaran, según sea, que los correspondientes Reales Decretos del Consejo de Ministros impugnados están o no debidamente justificadas y, en consecuencia, estiman o no el recurso interpuesto. Así lo hace parcialmente la STS de 18 de diciembre de 2012, mientras que la STS de 19 de febrero de 2013, desestima íntegramente el examinado entonces.

3. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) **Alteración de términos municipales. Segregación de parte del territorio para constituir otro municipio. Denegación por no concurrir los requisitos necesarios exigidos por la normativa que han de hacerlo de manera acumulativa**

La **STS de 28 de enero de 2013** (recurso 213/2010) desestima el recurso de casación interpuesto por la Comisión Promotora del Nuevo Municipio de Benimàmet contra el Decreto de la Generalitat Valenciana 100/2006 que denegó la solicitud de segregación del barrio de Benimàmet, perteneciente al Ayuntamiento de Valencia, para constituir un nuevo municipio independiente.

El recurso de casación contra la sentencia de instancia se basa principalmente en motivos de orden formal que el Tribunal Supremo cataloga que carecen de fundamento sólido. Sólo el sexto motivo merece especial atención del alto Tribunal, en el que el recurrente se centraba en que el artículo 14 del Reglamento de Población y demarcación de las Entidades Locales *«habla de la mayoría de los vecinos, no de la mayoría absoluta de*

los vecinos, por lo que una gran mayoría a favor, con una escasa minoría en contra, sería suficiente para una segregación».

Sin embargo, el TS termina estimando, al igual que la sentencia de instancia, que efectivamente no concurrían los requisitos legales y reglamentarios para el nacimiento del nuevo municipio, careciendo la pretensión de interés público suficiente, dado que todos los requisitos exigidos por los artículos 13.2 de la LBRL, 8.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, que aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, y el 6.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades locales (promoción de la segregación por la mayoría de los vecinos, núcleo de población territorialmente separado del originario y suficiencia de medios y recursos para la atención y cumplimiento de las obligaciones propias de las competencias municipales) han de concurrir acumulativamente (STS de 16 de mayo de 2001 y 3 de mayo de 2004) por lo que, la falta de cualquiera de ellos, determina el rechazo de la pretensión de segregación.

B) Competencias municipales.

- a) Ordenanzas reguladoras de telecomunicaciones: limitaciones a la instalación de antenas de telefonía móvil. Fijación de doctrina por la Sección Especial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo*

Como ya hicimos en las Crónicas 49, 52, 53 y 56, nos volvemos a ocupar de la intervención municipal sobre instalación de infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación limitándola en diversos espacios sensibles. Con dos importantes votos particulares, el **Tribunal Supremo**, en **Sentencia de 11 de febrero de 2013** (recurso 4490/2007), estima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 25 de enero de 2007, que declaró conformes a Derecho varios artículos de la Ordenanza Municipal Reguladora de las Infraestructuras Radioeléctricas de Telecomunicación del Ayuntamiento de Burriana, aprobada por acuerdo de 3 de junio de 2004. Los preceptos controvertidos impiden la instalación de infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación «en escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos, así como en los edificios colindantes a esos espacios o que se sitúen en el linde o frente de fachada de los mismos. Asimismo y considerando las referidas zonas como espacios sensibles, se fija una distancia mínima de 100 metros entre estas y cualquier implantación de estaciones radioeléctricas».

La Sala de instancia entiende que, pese a no existir prueba alguna de que las radiaciones emitidas por las instalaciones sean nocivas para la salud, las limitaciones contenidas en dichos preceptos no pueden considerarse desproporcionadas o abusivas «ya que con ellas en absoluto aparece acreditado que supongan un impedimento o serio obstáculo en orden al desenvolvimiento regular de los servicios de telecomunicaciones en el término municipal», por lo que siguiendo el criterio asentado por el Tribunal Supremo en SSTS de 18 de junio de 2001 o 15 de diciembre de 2003, no procede entender ilegal los preceptos impugnados.

Antes de entrar en el fondo del asunto el Tribunal Supremo recuerda la doctrina jurisprudencial sobre la intervención municipal en este ámbito, doctrina que parte de las SSTS de 24 de enero de 2000 y 18 de junio de 2001, y que se viene repitiendo en supuestos en

que, como éste, los Ayuntamientos invocan como título habilitante para su actuación el artículo 25.2.h) LRBRL relativo a la protección de la salubridad pública. Tal como concluyen esas sentencias:

«a) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia... con arreglo a la legislación aplicable...

Por consiguiente los Ayuntamientos pueden establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos... tendentes a preservar los intereses municipales en materia de... protección de la salubridad pública (artículo 25.2. h).

b) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad, esto es la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar».

Asimismo, el Tribunal Supremo viene declarando repetidamente (SSTS de 21 de mayo de 1997, 30 de enero de 2008 y 7 de octubre de 2009, entre otras) que de los artículos 25 a 28 LRBRL, interpretados de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad que contiene la Carta Europea de Autonomía Local de 1985, resulta una atribución genérica de potestades a los Ayuntamientos para intervenir en todo el conjunto de materias relacionadas en el artículo 25.2 de aquella disposición y que representan el contenido competencial en que se hace reconocible el principio de autonomía municipal garantizado en los artículos 137 y 140 de la Constitución. Entre las materias relacionadas en el artículo 25.2 LRBRL se encuentran las relativas a la ordenación urbanística (d), protección del medio ambiente (f) y protección de la salubridad pública (h), campos en los que con frecuencia las normas emanadas de los Ayuntamientos pueden entrar en colisión con las producidas por el Estado a quien el artículo 149.1.21.^a de la Constitución atribuye competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones.

En el ejercicio de las competencias anteriormente mencionadas —en especial la relativa a la protección de la salud pública— los Ayuntamientos vienen prohibiendo la localización de diversas instalaciones radioeléctricas a determinadas distancias de espacios considerados especialmente sensibles y sujetando a límites más estrictos que los establecidos por el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, las emisiones procedentes de dichas instalaciones. Dicho Real Decreto fue analizado por la STS de 19 de abril de 2006 (recurso 503/2001), la cual descartó que fuera contrario al principio de precaución o cautela recogido en el artículo 174.2 del Tratado de la Comunidad Europea y que existiese prueba alguna de la posibilidad de establecer una relación causal entre los límites en él indicados y los efectos adversos para la salud humana. El artículo 44.1.a) de la Ley

General de Telecomunicaciones de 2003 ha reafirmado los límites establecidos por el Real Decreto 1066/2001: «tales límites deberán ser respetados, en todo caso, por el resto de las Administraciones Públicas, tanto autonómicas como locales», lo que había sido ya declarado por SSTs de 28 de marzo y 11 de mayo de 2006.

A continuación, el Tribunal Supremo repasa varias resoluciones —muchas de las cuales ya hemos comentado en anteriores crónicas— sobre el enjuiciamiento de Ordenanzas municipales que prohibían instalar estaciones radioeléctricas cerca de determinados espacios que pretendían proteger especialmente (zonas sensibles), insistiendo en el carácter casuístico con que deben abordarse los problemas planteados, aunque se tome como punto de partida la doctrina expuesta por la STS de 24 de enero de 2000, a la que nos hemos referido más arriba. Las sentencias de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2009, y 27 de abril, 4 de mayo, 15 de junio y 13 de diciembre de 2010, han concluido que, por razones de salubridad pública, los Ayuntamientos están autorizados para prohibir la instalación de estaciones base de telefonía dentro de determinadas distancias a espacios especialmente sensibles, siempre que ello no suponga para la prestadora del servicio la imposibilidad de hacerlo de modo satisfactorio. En cambio, las sentencias de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de marzo, 12 de abril, 14 de junio y 16 de noviembre de 2011 concluyen que los Ayuntamientos no pueden invocar título competencial alguno, ni el urbanístico ni el sanitario, para limitar por razones técnicas las instalaciones de estaciones radioeléctricas, pues la configuración, el diseño técnico y el despliegue de las infraestructuras que conforman la red entran dentro del ámbito de la competencia exclusiva del Estado, que se agota con la regulación técnica prevista en el Real Decreto 1066/2001, que, de acuerdo con la STC 8/2012, constituye una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones.

A la vista de todo lo anterior, y en sentido distinto a muchas de las sentencias que han sido comentadas en crónicas anteriores, la Sección Especial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo entiende que las limitaciones impuestas por los preceptos impugnados interfieren en el despliegue de la red en el término municipal y, además, invocan un título habilitante (la protección de la salubridad pública), «en el que el Estado ya ha intervenido aplicando el principio de precaución con una reglamentación que, atendiendo al estado de la ciencia, tiene una pretensión de exclusividad, por lo que representa un ámbito en el que las Corporaciones locales tienen impedida cualquier posibilidad de regulación». Por ello, «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 al ejercicio de las que a ellos, en este campo, podrían corresponder en virtud de lo dispuesto en los artículos 25.2 h y 28 LRBRL».

Concluye el Tribunal Supremo su fundamentación diciendo que «ni el principio de autonomía municipal que garantiza el artículo 140 de la Constitución, ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRBRL entre otros campos en el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una

vocación de exclusividad, como sucede con el R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre, en el que no solo se establecen mas límites de exposición al público en general a los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas sino que se contienen específicas previsiones sobre la afectación de la población en esos espacios calificados como «sensibles», que agotan las medidas que en este campo puedan adoptarse basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación municipal adoptada con base en el mismo título habilitante».

Ahora bien, ya hemos visto como en otras sentencias el Tribunal Supremo ha considerado que los Ayuntamientos podían establecer ciertas limitaciones en las denominadas zonas sensibles, siempre que no se convirtieran en restricciones absolutas, no se consideraran desproporcionadas o abusivas, y se acreditase que no supusieran un impedimento o serio obstáculo en orden al desenvolvimiento regular de los servicios de telecomunicaciones en el término municipal. Por ello, no debe sorprender la formulación de un importante y desarrollado Voto Particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. José M. Bandrés Sánchez-Cruzat, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez.

El argumentado voto particular, a cuya lectura nos remitimos por obvias razones de espacio, no considera —al igual que hace la sala del TSJ de Valencia— que la restricción municipal al emplazamiento de instalaciones de estaciones base o antenas de telefonía móvil en determinadas zonas o áreas calificadas como espacios sensibles, en la medida en que no impide la prestación del servicio de comunicaciones por los operadores, no supone una invasión ilegítima de la competencia estatal en materia de ordenación, planificación, gestión y uso de las redes, instalaciones y equipos de telecomunicaciones.

El voto particular analiza la jurisprudencia constitucional sobre la competencia estatal en materia de telecomunicaciones (SSTC 26/1982, 108/1993, 167/1993, 168/1993, 244/1993, 278/1993, 31/2010 y 8/2012).

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, el Magistrado firmante sostiene que «los Ayuntamientos pueden acordar medidas adicionales de protección, relativas a prevenir el riesgo de exposición prolongada a los campos electromagnéticos procedentes de instalaciones de antenas de telefonía móvil mediante el establecimiento de distancias de seguridad frente a zonas sensibles —colegios, hospitales, parques y jardines públicos—, en virtud de los títulos competenciales en materia de ordenación urbanística, protección del medio ambiente y protección de la salubridad pública, enunciados en el artículo 25.2 d), f) y h) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la medida que cabe entender que las prescripciones contenidas en los artículos 6 y 7 del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, no tienen la vocación de agotar la ordenación regulatoria de las políticas públicas relativas a las medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, por cuanto se dictan al amparo del artículo 149.1.16.^a de la Constitución, según advierte la disposición final segunda de la referida norma reglamentaria». Por ello, considera que la regulación del régimen de distancias establecido por la Ordenanza controvertida no menoscaba ni perturba la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones, por cuanto no cabe una interpretación exorbitante de esta competencia, desvinculada de la naturaleza de la actividad regulada, que vacíe de contenido la

competencia municipal en materia de salud ambiental, ya que sería contraria al principio de autonomía local y, por ende, al principio de subsidiariedad, consagrados en los artículos 137 y 140 de la Constitución.

- b) *Prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos municipales. El establecimiento de límites al derecho fundamental de libertad religiosa por un municipio exige una ley previa que lo permita*

La STS de 14 de febrero de 2013 (recurso 4118/2011) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la STSJ de Cataluña de 7 de junio de 2011, que desestimaba el recurso interpuesto frente al Acuerdo del Ayuntamiento de Lleida de 8 de octubre de 2010, por el que se aprobaba una modificación de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia. La nueva redacción prohibía el uso del velo integral en los espacios municipales, lo que a juicio de la recurrente contradecía, entre otros, el derecho fundamental de libertad ideológica y religiosa (artículo 16 CE).

Sin entrar en los aspectos relativos a la vulneración o no del derecho fundamental, a los que la sentencia dedica numerosos pronunciamientos, la cuestión se centra en conocer si para una prohibición como ésta (con la correlativa infracción y sanción por incumplimiento) resulta exigible una norma con rango de Ley, no bastando una disposición de carácter reglamentario, como es la Ordenanza impugnada. El Tribunal Supremo considera que la pretendida atribución a los Ayuntamientos de competencia para regular aspectos accesorios de los derechos fundamentales resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 53 C.E., el cual establece que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, se podrá regular el ejercicio de los derechos y libertades». Por ello, todo el ejercicio del derecho fundamental está reservado a la Ley, y no puede por ello ser objeto directo de regulación por una Ordenanza previa que permita establecer el límite al ejercicio del derecho fundamental de la libertad religiosa que la prohibición cuestionada establece. No puede oponerse a lo anterior la defensa del principio de autonomía local, ni se atiende al principio de vinculación negativa a la ley una Ordenanza que prescinde directamente de la exigencia del artículo 53 C.E., arrogándose la potestad de regular lo que la Constitución reserva a la ley. No debe tampoco olvidarse que, por muy amplia que sea la potestad de los Ayuntamientos para la regulación de infracciones y sanciones, el artículo 139 LBRL se refiere a «las relaciones de convivencia de interés local».

- c) *Ordenanza de circulación de bicicletas del Ayuntamiento de Sevilla. No contradice la normativa estatal de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial*

Distintas asociaciones recurrieron varios preceptos de la Ordenanza de Circulación de Peatones y Ciclistas del Ayuntamiento de Sevilla, relativos a zonas peatonales, normas de circulación de ciclistas y aparcamientos de bicicletas (la STS de 8 de noviembre de 2010, recurso 399/2009, ya resolvió otro recurso sobre la misma ordenanza). Su recurso fue estimado por la STSJ de Andalucía de 28 de enero de 2010 y el Ayuntamiento recurrió en casación. El **Tribunal Supremo** por **sentencia de 22 de enero de 2013** (recurso 1851/2010), estima ahora el recurso declarando conforme a Derecho el acuerdo de 21 de septiembre de 2007 del Pleno del Ayuntamiento de Sevilla.

El Tribunal Supremo comparte la argumentación del TSJ de Andalucía en relación con el ejercicio de las competencias municipales en la materia:

«El mismo artículo 25.2.b) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, ordena ejercer a los Municipios, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, competencia en materia de “ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas”. La legislación del Estado es el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, Real Decreto Legislativo 339/90, de 2 de marzo, que, dispone en el artículo 7: Se atribuyen a los Municipios, en ámbito de esta ley, las siguientes competencias: b) La regulación mediante Ordenanza Municipal de Circulación, de los usos de las vías urbanas (...); y en su Disposición Final Única, sobre habilitación normativa: “1. Se faculta al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para desarrollar esta Ley, así como para modificar los conceptos básicos contenidos en su Anexo I de acuerdo con la variación de sus definiciones que se produzca en el ámbito de acuerdos y convenios internacionales con trascendencia en España”. Por su parte el artículo 93 del Reglamento de Circulación, recuerda la atribución de las Ordenanzas municipales de cierta capacidad normativa, pero indicando: “2. En ningún caso podrán las ordenanzas municipales oponerse, alterar, desvirtuar o inducir a confusión con los preceptos de este reglamento”. Siendo por tanto innegable la competencia regulatoria del Ayuntamiento, tampoco es limitada, sino que depende de la ley de Tráfico y su reglamento, a las cuales no puede contradecir, incurriendo en otro caso en nulidad (artículo 62.2 LRJ-PAC)».

Sin embargo, el Tribunal Supremo no considera que acotar un espacio lateral o parte de las aceras para que puedan circular por un nuevo pasillo las bicicletas, sin compartir el paso de peatones con ciclistas, conculque los artículos 93.2 y 121.5 del Real Decreto 1428/2003, en cuanto los preceptos de la Ordenanza no se oponen, alteran o desvirtúan los del citado reglamento. Tampoco, los preceptos que permiten asegurar o amarrar bicicletas a árboles o elementos del mobiliario urbano, cuando no existan otros estacionamientos cerca para el aparcamiento de bicicletas en vías urbanas o se encuentren todas las plazas ocupadas, vulneran los artículos 39 del Real Decreto Legislativo 339/1990 y 75 y 76 del Real decreto 1372/1986, pues la corporación municipal, como titular de los bienes de dominio público —artículo 79 LBRL— puede autorizar excepcionalmente el estacionamiento de bicicletas en estos lugares, siempre que no se perjudique la salud del árbol, ni impidan su perfecta visibilidad o entorpezcan el paso de peatones.

**C) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales.
Los concejales no adscritos no pueden percibir compensaciones
económicas destinadas a órganos de Gobierno o a grupos municipales**

El 6 de octubre de 2008 se presentó y aprobó una moción de censura en el Ayuntamiento de La Pobra de Farnáls, que salió adelante gracias a los votos de dos concejales tráfugas, que tras ello fueron inmediatamente expulsados del partido y del grupo político. Estos dos concejales se convirtieron en Alcaldesa y Teniente de Alcalde del municipio, viéndose incrementadas de forma importante sus compensaciones económicas.

Los concejales del grupo municipal que perdió la Alcaldía instaron la anulación de los Acuerdos del Pleno, que incrementaban los derechos políticos y económicos de los dos concejales trásfugas, al entender que se vulneraba lo establecido en el artículo 73.3 LBRL. Sin embargo sus recursos, primero de reposición y luego contencioso-administrativo, fueron desestimados. La **Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2013** (recurso 82/2011), revoca ahora la sentencia núm. 405/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Valencia y entiende que los acuerdos municipales vulneran explícitamente las previsiones del artículo 73.3 LBRL, al atribuir a los dos concejales derechos políticos y económicos que antes no detentaban.

La Sala recuerda como el Tribunal Constitucional ha extendido a parlamentarios autonómicos y a concejales de Ayuntamientos la previsión contenida en el artículo 67.2 C.E., entendiendo que el escaño pertenece al elegido y no al partido, de manera que una vez elegido, el representante lo es de todo el cuerpo electoral y no únicamente del partido que lo propuso. No obstante, la actuación trásfuga viene presidida por la voluntad de desligarse de la disciplina de partido por el que se concurrió a las elecciones, ignorando así la voluntad de los electores que, por exteriorizarse a través de un sistema de listas cerradas, sólo puede interpretarse en clave partidista. El transfuguismo conllevaría el efecto de falsear la representación política. Consecuencia de los distintos acuerdos para evitarlo entre distintos partidos políticos, es el artículo 73.3 LBRL, que «niega la constitución de grupos políticos a aquellos miembros de las corporaciones locales que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, de modo que no podrán formar parte del Grupo mixto, sino que tendrán la consideración de miembros no adscritos».

La STC 30/2012 —ya comentada en nuestra crónica 56— ha declarado conforme a la Constitución dicho artículo 73.3, que impide al concejal no adscrito ser elegido miembro de la Junta o comisión de gobierno y Teniente de Alcalde, cuando el resto de concejales de la corporación sí que pueden optar a dichos cargos. Remitiéndose a su STC 9/2012, el Alto Tribunal concluye que el nombramiento para cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio no se integra en el núcleo esencial de las funciones representativas del concejal, sino que se trata de ámbitos ajenos al ejercicio de la función representativa atribuida al mismo, lo que determina que el artículo 23 C.E. no se vea vulnerado (doctrina reproducida en la STC 117/2012).

Nada hay que objetar a la moción de censura, pero sí a los efectos inmediatos de la misma: la expulsión inmediata de su grupo parlamentario de los dos trásfugas, por un lado, y el incremento de los derechos políticos y económicos de éstos, por otro. Es obvio, como ha recordado la STS de 3 de julio de 2012 (recurso 4270/2011), que «esas compensaciones económicas se destinan a los órganos de Gobierno y con carácter fijo a los grupos municipales y por tanto no podrán ser percibidas por concejales no adscritos que conservan todos sus derechos políticos y económicos pero que no los pueden percibir en el caso de estos últimos a través de ningún grupo municipal, ya que no pertenecen a ninguno. Sus emolumentos serán personales y por las tareas que desempeñen en el seno de la Corporación y así se les reconozcan». Pero además, la prohibición del artículo 73.3 LBRL tiene un alcance que sólo cabe interpretar atendiendo a la finalidad de la norma. Así, «la alteración del resultado electoral se produce no sólo cuando un representante político abandona la formación por la que fue elegido, apoyando con sus votos los planteamientos

políticos de otra formación distinta, sino igualmente cuando, manteniendo su pertenencia al grupo político por el que fue designado, se quiebre la disciplina de partido, poniendo sus votos a disposición de un adversario político para, a través del mecanismo de la moción de censura, desposeer de su cargo de Alcalde a quien lo ostentaba como miembro de su grupo político, y acto seguido atribuirse unos derechos políticos que no se poseían con anterioridad a la moción y las correlativas ventajas económicas vinculadas a los nuevos cargos y funciones, obtenidos por mor de la nueva mayoría resultante».

D) Organización municipal

- a) *La suspensión cautelar de funciones y militancia implica dejar de pertenecer al grupo político municipal a efectos de tramitar una moción de censura. Interpretación del requisito previsto en el artículo 197.1.a) LOREG*

En la crónica 56 vimos cómo la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 6 de Oviedo de 28 de febrero de 2012, estimaba el recurso presentado por varios concejales del Ayuntamiento de Siero, que, habiendo sido cautelarmente suspendidos de militancia por su partido político por firmar una moción de censura, veían como la Mesa de Edad impidió que su votación se llevara a cabo. Esta sentencia anuló el acuerdo impugnado e interpretó el artículo 197.1.a) LOREG, entendiendo que en la expresión dejar de pertenecer al grupo municipal al que se adscribió el concejal al inicio de su mandato, no se debe incluir a aquellos suspendidos cautelarmente, ya que esa suspensión cautelar no puede equipararse sin más a la expulsión.

Ahora, el **Tribunal Superior de Justicia de Asturias** rectifica, mediante **Sentencia de 6 de febrero de 2013** (recurso 180/2012) esa interpretación del Juzgado. Ahora la Sala parte de una interpretación teleológica de la norma y recuerda que la redacción actual del citado artículo 197 de la LOREG responde a la voluntad de dificultar al máximo que aquellas mociones de censura, que se vean contaminadas con firmas de quienes pudieran haber incurrido en conductas propias del transfuguismo, prosperen. Por ello afirma:

«Ante la falta de pronunciamientos previos de otros Juzgados y Tribunales sobre el sentido que deba darse a la reforma últimamente acometida, la interpretación que se haga de la nueva redacción del precepto referido debe hacer útil la finalidad de la reforma que no es otra que evitar el transfuguismo político, lo que no se logra con la interpretación que se hace en la sentencia recurrida, en cuanto que si bien con cita de la doctrina constitucional que emana de la STC 185/1993, ..., que entiende aplicable al caso, pese a reconocer que es anterior a la citada reforma legislativa, afirma que la mera suspensión cautelar de funciones y militancia no equivale a que los afectados hayan dejado de pertenecer al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato. Tal criterio, de persistir, soslayaría con suma facilidad la finalidad perseguida con la reforma y dejaría sin efecto práctico la previsión contenida en el precepto de aplicación tras su nueva redacción, pues resulta indudable que anudar la expresión “dejar de pertenecer al grupo político” con “la expulsión de forma definitiva y firme de la formación política” hace inviable que se pueda apreciar la concurrencia del supuesto de hecho previsto en el párrafo tercero del artículo 197.1. letra a) de la LOREG, dado que el plazo perentorio para la convocatoria que el mismo artículo prevé en su letra c) “...quedando el Pleno automáticamente convocado para las doce horas

del décimo día hábil siguiente al de su registro”, imposibilita en la práctica que la expulsión disciplinaria de un afiliado a un partido político pueda adquirir firmeza para entonces, habida cuenta el sistema de recursos que asisten al sancionado para defender su militancia activa, que puede llegar incluso a la vía jurisdiccional, con lo que la interpretación que se hace en la sentencia ahora apelada no puede ser asumida en la medida que vincula la concurrencia del supuesto legal de mayoría especialmente agravada a la finalización del expediente disciplinario incoado a los concejales del Grupo Municipal Popular firmantes de la moción de censura. Por el contrario, debe afirmarse que la mayoría cualificada que desde la reforma operada se exige para la proposición de la moción de censura debe darse en cualquier caso en que se abandone el grupo político de pertenencia, cualquiera que sea su causa, voluntaria o por expulsión, en consonancia con lo previsto en el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, párrafo primero, a cuyo tenor “ 3. A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos. (...)”, que viene a contemplar supuestos distintos a los del abandono y la expulsión de la formación política, a los que parece referirse en exclusiva la sentencia de instancia, en clara referencia al último párrafo del apartado 3 del mismo artículo 73 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local , cuando es aquí el caso que no nos encontramos todavía con un supuesto de expulsión firme y definitiva de militancia de los proponentes de la moción de censura, al tratarse de una medida cautelar o provisional de funciones, pero sí de un apartamiento cuando menos temporal del grupo político municipal de inicial adscripción que resulta ser suficiente para que opere el supuesto legal de mayoría especialmente agravada previsto en la norma».

Visto lo anterior, el día de celebración del pleno extraordinario del Ayuntamiento de Siero, para el debate y votación de la moción de censura, no se mantenían los requisitos exigidos en el artículo 197.1.a) LOREG, circunstancia que fue apreciada por la Mesa de Edad que presidía el Pleno, con lo que la decisión de no continuar el mismo se ajusta a la legalidad vigente, sin que se haya vulnerado el derecho contenido en el artículo 23 C.E., pues en ese momento no se reunían los requisitos para la tramitación de la moción de censura exigidos en el referido artículo.

b) Constitucionalidad del modelo organizativo básico diseñado por la Ley 57/2003 para los municipios de gran población. Inconstitucionalidad del precepto legal que permite nombrar como miembros de la Junta de Gobierno Local a personas distintas de los concejales elegidos en las elecciones. Autonomía local

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, introdujo significadas modificaciones en la Ley 2/1975, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL). Entre otras novedades, la citada Ley 57/2003 apuró el modelo de organización municipal en los municipios de gran población, ampliando el diseño básico de los órganos municipales de existencia preceptiva, y dio nueva redacción al párrafo segundo del artículo 126.2 LBRL para permitir, bajo determinadas condiciones, la incorporación de miembros no electos a la Junta de Gobierno.

Concretamente, en materia de organización de los municipios de gran población, la Ley modificó los artículos 20.1 d) y 132 LBRL, relativos a la comisión especial de sugerencias y reclamaciones; 128 LBRL, que regula los distritos municipales; 129 LBRL, relativo a la asesoría jurídica; 130 LBRL, sobre órganos superiores y directivos; y 131 LBRL, que regula el consejo social de la ciudad. Todas estas modificaciones, conforme aclaraba la exposición de motivos de la Ley 57/2003, comparten el propósito de potenciar los mecanismos de participación ciudadana y de protección de los derechos de los vecinos frente a la Administración mediante la creación de determinados órganos municipales, y la necesidad de intensificar el acercamiento de la administración al ciudadano, creando divisiones territoriales internas en aquellos municipios en que por su tamaño, dispersión o diversidad, sea necesario garantizar que los problemas de cada zona del territorio tienen cabida en la política municipal, facilitando la participación vecinal.

Por su parte, conforme al citado párrafo segundo del artículo 126.2 LBRL, en su nueva redacción, en los municipios asimismo de gran población «[e]l Alcalde podrá 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».

Todas estas modificaciones legales, junto con otras más, pero que ahora no nos interesan tanto, fueron impugnadas en su momento por el Parlamento de Cataluña que interpuso el correspondiente recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

El Parlamento catalán defendió que el diseño de los citados órganos municipales no concedía apenas margen para el desarrollo legislativo autonómico de la estructura organizativa municipal ni para la potestad de autoorganización de los entes locales. Por su parte, frente al citado apartado segundo del artículo 126.2 LBRL, razonó que la posibilidad de incorporar miembros no electos a la Junta de Gobierno contradecía el artículo 140 CE, que encomienda el gobierno y administración municipales al alcalde y concejales, como manifestación de la opción constitucional por una administración democrática.

La **STC 103/2013, de 25 de abril** (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2013), resuelve el recurso interpuesto, confirmando la constitucionalidad del grupo de preceptos relativos a la organización municipal, y declarando, en cambio, la inconstitucionalidad del inciso primero del párrafo segundo del artículo 126.2 LBRL, en la redacción dada al mismo por la citada ley 57/2003.

En el primer caso, el razonamiento del Tribunal Constitucional es, matices aparte, prácticamente el mismo y puede resumirse ahora en que la regulación legal de los respectivos órganos municipales que antes se han mencionado no vulnera la competencia autonómica para el desarrollo legislativo de las bases ni la potestad de autoorganización de los entes locales comprendida en la garantía institucional de la autonomía local. Pues la regulación cuestionada perfila simplemente el modelo organizativo común y, por tanto, básico que el legislador estatal ha considerado imprescindible para garantizar una gestión adecuada de los intereses locales en los municipios de especial complejidad con el doble objetivo de mejorar la protección y la participación de los ciudadanos y acercar la gestión municipal a los administrados.

Con estos perfiles, la regulación cuestionada encuentra su cobertura en la competencia básica del Estado para el desarrollo directo de los artículos 137 y 140 y la consecuente

definición del modelo de autonomía local común, y, de modo particular, en el título competencial relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas del artículo 149.1.18 CE.

Algo más de detalle exige ver el razonamiento de la Sentencia que concluye en la declaración de inconstitucionalidad de la posibilidad de incorporar a la Junta de Gobierno miembros no electos de la corporación. Parte de notar que la Ley 57/2003 cuestionada ha modificado el diseño de gobierno en los municipios de gran población para establecer una separación de funciones entre el órgano en el que se reside el principio representativo (el Pleno), y el órgano de carácter ejecutivo que reúne las competencias de dirección política o gobierno con la dirección de la administración municipal (la Junta de Gobierno). Para añadir seguidamente que, si bien el principio representativo constituye el fundamento de la autonomía local y por tanto es predicable de todas las entidades locales constitucionalmente garantizadas, este principio ha sido consagrado constitucionalmente para los municipios con particular intensidad en el artículo 140 CE, al atribuir el gobierno y administración a los Ayuntamientos, integrados por alcaldes y concejales, e imponer de este modo la elección democrática de sus integrantes.

Siguiendo este planteamiento, la Sentencia señala, en primer lugar, «que el mencionado precepto constitucional atribuye al alcalde y concejales tanto el gobierno como la administración municipal, esto es, y sin perjuicio de la dificultad que puede conllevar a menudo la delimitación de ambas funciones, tanto la alta dirección de la política municipal [mediante la] adopción de decisiones con criterios esencialmente políticos, como también la suprema dirección de la Administración municipal a la que se refiere, junto al resto de Administraciones públicas, el artículo 103 CE.

En segundo lugar, destaca que el artículo 140 CE atribuye las funciones de gobierno y administración municipal a los respectivos ayuntamientos, «compuesto[s] únicamente por alcalde y concejales [...] elegidos democráticamente, como manifestación del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, consagrado en el artículo 23 CE, en su doble vertiente de derecho a participar directamente o por representantes libremente elegidos y derecho de acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos. Los concejales son elegidos por sufragio universal, igual, libre directo y secreto en la forma establecida por la ley. El alcalde, por los concejales o por los vecinos».

Con arreglo a estas premisas la Sentencia concluye que «el artículo 140 CE otorga una especial legitimación democrática al gobierno municipal, tanto en su función de dirección política, como de administración, que contrasta, sin duda, con el diseño que la propia Constitución establece para el Gobierno del Estado (artículo 97 y 98 CE). Un plus de legitimidad democrática, frente a la profesionalización, que, en todo caso, debe ser respetada por el legislador básico al configurar ese modelo común de autonomía municipal».

La Sentencia cuenta con un voto particular, especialmente duro, que firma el Magistrado Ollero Tassara, y al que se adhiere el Magistrado Pérez de los Cobos. A juicio del Magistrado discrepante, deducir del artículo 140 CE, que confía el gobierno y la administración de los municipios a «sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales», «que solo éstos puedan asumir toda imaginable función de «gobierno y administración» no solo desafía el sentido común, ante la obvia existencia de funcionarios locales, sino que implica atribuirse el monopolio de qué se entiende por gobierno y administración, despojando al legislador de toda capacidad de desarrollo al respecto, en todo

aquello que —como ocurre, a mi modo de ver, en este caso— no ha sido diáfananamente explicitado por el constituyente, que no ha recurrido a esos mismos términos de modo unívoco dentro del propio texto constitucional».

4. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) Colegios profesionales. Competencias sobre colegios profesionales: nulidad del precepto legal autonómico que exime del requisito de colegiación obligatoria de los funcionarios públicos autonómicos que ejercen su actividad al servicio de la respectiva Administración pública autonómica

Entre los años 2001 y 2003 varias Comunidades Autónomas aprobaron normas en materia de Colegios profesionales para establecer, entre otras previsiones, la regla de que los profesionales que prestan sus servicios por cuenta de la respectiva Administración pública autonómica no necesitan para ejercer su actividad colegiarse en el correspondiente colegio profesional, aunque los destinatarios sean ciudadanos o terceros.

Esta excepción al requisito de colegiación obligatoria del artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales («[e]s requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al Colegio correspondiente»), y que está formulada en todos los casos en forma prácticamente idéntica («o para la realización de actividades propias de su profesión por cuenta de [la correspondiente Administración pública autonómica]»), es la que establece, por ejemplo, el artículo 30.2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 15/2001, de 26 de diciembre, de medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas; más tarde incorporada al artículo 4 de la Ley del Parlamento de Andalucía 10/2003, reguladora de los colegios profesionales de Andalucía; la disposición adicional sexta de la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 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; el artículo 17.1 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 11/2002, de 12 de diciembre, de colegios y consejos de colegios profesionales de Extremadura; o también, en fin, el artículo 11 de la Ley del Principado de Asturias 6/2003, de 30 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales.

El Gobierno de la Nación impugnó todas estas previsiones autonómicas ante el Tribunal Constitucional razonando que la citada regla vulneraba las competencias exclusivas del Estado en materia de Colegios profesionales y, de modo particular, la competencia estatal para determinar los supuestos de colegiación obligatoria y sus excepciones.

La justificación de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad es, lógicamente, siempre la misma y se cifra en la tesis de que, sin perjuicio de la competencia autonómica en materia de Colegios profesionales, el Estado puede igualmente mediar por vía normativa en este asunto en virtud fundamentalmente de la competencia en materia de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas del artículo 149.1.18 CE, habida cuenta de la dimensión pública que es característica de los Colegios profesionales, según lo certifican su propia condición de Corporaciones de Derecho público y el ejercicio de funciones públicas administrativas. Una competencia estatal

que, en el criterio del Abogado del Estado, comprende, en otros extremos relativos a la organización y competencias de los colegios profesionales, la determinación del régimen de colegiación y, por tanto, también, la determinación de los supuestos de colegiación obligatoria y sus excepciones.

Naturalmente las Comunidades Autónomas pensaban justo lo contrario. Aunque con algunos matices, la defensa de sus respectivas leyes se cifró principalmente en negar que la definición de los supuestos de colegiación obligatoria y de sus excepciones sea una determinación legal de carácter básico y, por tanto, en rechazar que la competencia estatal del artículo 149.18 CE alcanzara efectivamente a la regulación del extremo ahora controvertido. Según lo confirmaría, en su opinión, el artículo 1.3 de la propia Ley 2/1974, de Colegios profesionales cuando, al hilo de determinar los fines esenciales de las Corporaciones colegiales, establece con carácter básico que esos fines lo son «sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional» y admite por consiguiente, siempre en el criterio autonómico, la competencia de la respectiva Administración pública para asumir, por razón de la relación funcional, la tutela de los fines públicos presentes en el ejercicio de las profesiones colegiadas.

Con estos perfiles lo que se discutió en los respectivos recursos de inconstitucionalidad era fundamentalmente, pues, si la citada previsión básica del artículo 1.3 de la ley estatal amparaba o no el comentado inciso autonómico que permite a los funcionarios y empleados públicos el ejercicio de su profesión sin necesidad de colegiación, siempre y cuando actúen por cuenta de la respectiva Administración pública, y aun en el supuesto de que sus destinatarios sean terceros usuarios de los servicios públicos.

La **STC 3/2013, de 17 de enero** (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2013), abre la lista de pronunciamientos del Tribunal Constitucional que resuelven los citados recursos de inconstitucionalidad, en ese caso el promovido contra el artículo 30.2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 15/2001, de 26 de diciembre, de medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas, y a la que luego simplemente han seguido la **STC 43/2013, de 28 de febrero** (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2013), respecto del artículo 17.1 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 11/2002, de 12 de diciembre, de colegios y consejos de colegios profesionales de Extremadura; la **STC 50/2013, de 28 de febrero** (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2013), a propósito del artículo 11 de la Ley del Principado de Asturias 6/2003, de 30 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales), y la **STC 63/2003, de 14 de marzo** (BOE núm. 86, de 10 de abril de 2013), en relación con el artículo 4 de la Ley del Parlamento de Andalucía 10/2003, reguladora de los colegios profesionales de Andalucía.

Todas estas Sentencias constitucionales declaran la inconstitucionalidad del respectivo precepto autonómico impugnado en cada caso y lo hacen lógicamente siguiendo el mismo razonamiento, que contiene las siguientes declaraciones principales que están tomadas de esa primera decisión constitucional:

i) El inciso impugnado contiene una excepción a la regla de la colegiación forzosa, que es «un elemento definitorio de la institución colegial». Por esta razón, ha de encuadrarse «en el título competencial de colegios profesionales, siendo el de función pública meramente incidental al no tratarse de colegios profesionales integrados exclusivamente por funcionarios públicos»

ii) «La institución colegial está basada en la encomienda de funciones públicas sobre la profesión a los profesionales, pues, tal y como señala el artículo 1.3, son sus fines la ordenación del ejercicio de las profesiones, su representación institucional exclusiva cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados. La razón de atribuir a estas entidades, y no a la Administración, las funciones públicas sobre la profesión, de las que constituyen el principal exponente la deontología y ética profesional y, con ello, el control de las desviaciones en la práctica profesional, estriba en la pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa». Por este motivo, en contra del criterio defendido por las Comunidades Autónomas, «la expresión «sin perjuicio de la competencia de la Administración pública por razón de la relación funcionarial», no contiene una exclusión del régimen de colegiación obligatoria de los funcionarios públicos sino, al contrario, una cautela dirigida a garantizar que el ejercicio de las competencias colegiales de ordenación de la profesión que se atribuyen, en exclusiva, a los colegios profesionales y, por tanto, a los propios profesionales, no desplaza o impide el ejercicio de las competencias que, como empleadora, la Administración ostenta sin excepción sobre todo su personal, con independencia de que éste realice o no actividades propias de profesiones colegiadas.

iii) En consecuencia, una vez advertido que el artículo 1.3 de la Ley 2/1974, no exige a los empleados públicos de colegiarse cuando realizan las actividades propias de una profesión para cuyo ejercicio se exige la colegiación, la exención general del deber de colegiación de los funcionarios, personal estatutario y personal laboral al servicio de las Administraciones públicas [autonómicas] «para la realización de actividades propias de su profesión por cuenta de aquellas» vulnera lo establecido en el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, que exige la colegiación forzosa para el ejercicio de las profesiones que determine una ley del Estado.

iv) Pues «forma parte de la competencia estatal del artículo 149.1.18 CE la definición, a partir del tipo de colegiación, de los modelos posibles de colegios profesionales» y, en particular, la determinación con carácter básico «del régimen de colegiación [...], pues es una condición esencial de la conformación de cada Colegio profesional».

v) 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* artículo 149.1.1 CE De un lado, porque «constituye un límite que se impone al contenido primario del derecho del artículo 35.1 CE por ser un requisito necesario para su ejercicio». También, de otro, porque es, además, «un límite esencial en la medida en que su exigencia supone la excepción, para quienes eligen una determinada profesión, del derecho fundamental de asociación en su vertiente negativa. Y, finalmente, resulta imprescindible pues, no se garantizaría el ejercicio del derecho del artículo 35.1 CE en condiciones de igualdad, si el resultado del juicio que necesariamente debe realizarse a la vista de los concretos intereses públicos que concurren en cada caso, en cada profesión, y la obligación de elegir la alternativa menos gravosa entre las permitidas en el artículo 36 CE, fuera distinta dependiendo del lugar de establecimiento o de prestación».

B) Profesiones tituladas

- a) *Titulación de Grado en Ingeniería Marina y Grado en Ingeniería Náutica y Transporte marítimo: No se trata de profesiones tituladas como sí lo son Ingeniería Naval y Oceánica, para la que se exige el título de Máster*

La **STS de 15 de febrero de 2013** (recurso 767/2011) desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Ingenieros Navales y Oceánicos contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2011 por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Títulos y Centros, BOE de 19 de septiembre de 2011, y en particular, por lo que se refiere al establecimiento del carácter oficial y su inscripción en el RUTC de los títulos de Grado de la Universidad de Cantabria (Anexo I Ingeniería y Arquitectura: 1) Graduado o Graduada en Ingeniería Marina; 2) Graduado o Graduada en Ingeniería Náutica y Transporte Marítimo).

Los recurrentes entendían que los nuevos títulos de Grado crean confusión con los títulos de Ingenieros existentes (naval, ingeniería marítima), defendiendo que en estos mismos términos se ha pronunciado el TS en esta Sección en Sentencias de 22 de noviembre de 2011 (recurso 308/2010), de 22 de febrero de 2011 (recurso 129/2009), o de 9 de marzo de 2010 (recurso 150/2008), al enjuiciar un asunto similar referido a la aprobación del título oficial de Ingeniería de la Edificación. Entienden que se vulnera el artículo 12.9 en relación con la DT Cuarta del Real Decreto 1393/2007, así como la Disposición Decimonovena 1 de la Ley Orgánica 6/2001, al no existir, en modo alguno, la profesión regulada de Ingeniero en Marina o de Ingeniero en Náutica y Transporte Marítimo, sino las profesiones reguladas de Oficial de Máquinas y de Piloto de Segunda Clase, a las que dan acceso los títulos, previstos en las directrices del gobierno del año 1992, de Diplomado en Máquinas Navales y de Diplomado en Navegación Marítima. Debiendo respetarse, en este caso, especialmente las directrices del año 1992 sobre la denominación de los títulos, contenidos y materias (DT Cuarta RD 1393/2007), algo totalmente obviado en los títulos y planes de estudios aprobados; lo que determina, a su entender la nulidad del Acuerdo impugnado. Igualmente arguyen la vulneración de la normativa aplicable (Orden CIN/350/2009 y Orden CIN/354/2009 al invadir las competencias propias de la Ingeniería Naval. Finalmente terminan su demanda sosteniendo la ausencia de Informes esenciales, preceptivos y determinantes, que justifiquen los nuevos Grados, como son los relativos al Informe de Evaluación del Plan de Estudios que, supuestamente, fue realizado por la Comisión de Ingeniería Arquitectura, así como de los Informes de expertos externos a la Comisión. Vulnerándose, de esta forma, el procedimiento de verificación y acreditación de títulos (artículo 25 apartados 2 y 4 RD 1393/2007). La argumentación gira, por lo tanto, alrededor de la conculcación de la normativa referida a las profesiones reguladas al defender que piloto de la marina mercante y oficial de máquinas constituyen profesiones reguladas en el sentido expresado en las antedichas normas.

El TS entiende que, dada la reserva de Ley, artículo 36 CE, para la regulación de las profesiones tituladas existe un pequeño abanico de normas de tal naturaleza que contienen disposiciones de regulación de actividades profesionales (a título de ejemplo la LO 2/2006, de 3 de mayo y la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de acceso a las profesiones de Abogado y procurador de los Tribunales). Sin embargo, en el RD 1665/1991, de 25 de octubre, en su

Anexo recogía una relación de las profesiones reguladas en España entre las que no figuraban, tal cual alega el Abogado del Estado, las aquí controvertidas que tampoco figuran en el Anexo VIII del RD 1837/2008, de 8 de noviembre por el que incorpora al ordenamiento español la Directiva 2005/36/CE de 7 de setiembre y la directiva 2006/100/CE de 20 de noviembre cuyo Artículo 4 expresa «*A los exclusivos efectos de la aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones regulado en este Real Decreto, se entenderá por profesión regulada la actividad o conjunto de actividades profesionales para cuyo acceso, ejercicio o modalidad de ejercicio se exija, de manera directa o indirecta, estar en posesión de determinadas cualificaciones profesionales, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas*». A estos efectos, el TS entiende que las profesiones y las actividades que entran dentro del ámbito de aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones según la definición anterior son las que se relacionan en el anexo VIII sin que de dicha inclusión puedan derivarse otros efectos fuera de ese ámbito. Dada la no consideración de profesión regulada de las dos controvertidas decae toda la argumentación.

Además, el TS entiende que tampoco el Acuerdo lesiona el contenido del Real Decreto 973/2009, de 12 de junio de 2009, por el que se regulan las titulaciones profesionales de la marina mercante. Su articulado establece los requisitos para la obtención y las atribuciones del título profesional de piloto de segunda de la marina mercante y el de oficial de máquinas de segunda, entre otros, poniendo de relieve las exigencias académicas acomodadas a la nueva regulación sin que deba atenderse a lo regulado en los RD 924 y 925 de 1992 como pretende el Colegio recurrente ya que se refieren a los títulos de Diplomado ahora inexistente en la nueva ordenación del sistema educativo superior.

El TS recordó en su sentencia de 23 de febrero de 2011 (recurso 143/2009) que el Acuerdo del Consejo de Ministros, ostenta la forma establecida en el apartado d) del artículo 25 de la Ley del Gobierno por cuanto no es una norma reglamentaria. El Acuerdo constituye un desarrollo del artículo 12.9 del RD 1393/2007 que faculta al Gobierno a establecer las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios de los títulos que habiliten para el ejercicio de actividades reguladas en España. Se trata, por tanto, de una competencia inequívocamente gubernamental que, por ende, ha de adoptar la forma establecida en la Ley del Gobierno. No tiene un valor normativo. Deriva de la habilitación específica atribuida por el mencionado artículo 12.9 del RD 1393/2007 sin que por ello que hubiere de adoptar la forma de Real Decreto. Se trata de un acto no normativo de aplicación a una pluralidad de destinatarios que en nada modifica el RD 1293/2007 SIC. De su lectura se concluye que la denominación del título, ciclo y duración, requisitos de la formación, garantía de la adquisición de competencias, es decir los distintos apartados del Acuerdo no innovan el ordenamiento sino que se limitan a remitir o bien a la normativa aplicable, apartado quinto, o a reiterar lo dicho en otras normas legales o reglamentarias, apartados segundo a cuarto. Constituye, pues, una redundancia.

Y en la posterior Sentencia de esta Sala y Sección de 7 de noviembre de 2011 se recalcó que el Colegio allí recurrente pretendía, al igual que aquí, descontextualizar la palabra «competencia» para ajustar una interpretación fuera de lo que constituye su finalidad natural, como es conseguir que en proceso formativo se adquieran unas «capacidades y conocimientos». Se subrayó que «el artículo 12.9 del RD 1393/2007, también habla de «competencias» sin que en absoluto quepa atribuirle el significado de “atribuciones profesionales” sino de “capacidades y conocimiento” ya que, con el mismo argumento, cabría

atribuirle la vulneración del artículo 36 CE que ahora la recurrente imputa al Acuerdo hoy analizado».

Finalmente tampoco es prosperable el argumento de que la titulación induzca a confusión con la profesión de Ingeniero Naval y Oceánico a la que se refiere la Orden 354/2009, de 9 de febrero. La antedicha si es profesión regulada dada la exigencia de los títulos de Máster para el ejercicio de la misma de acuerdo con la antedicha Orden lo que marca una absoluta diferencia con las aquí cuestionadas que se desenvuelven en el ciclo anterior como es el Grado.

b) *Competencias de los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas. No se consideran competentes para la redacción de un proyecto de Estaciones de Aguas Residuales, debiéndolo realizar un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos*

La **STS de 16 de enero de 2013** (recurso 1651/2009) desestima el recurso de casación interpuesto por el Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas contra la sentencia de 3 de febrero de 2009 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El Instituto Aragonés del Agua publicó en el Boletín oficial de Aragón de 29 de diciembre de 2004 la convocatoria para la contratación del proyecto, construcción y funcionamiento inicial de varias Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales (EDAR) y, en el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares la titulación exigida al Delegado del Contratista y personal facultativo era la de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. El Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas (ITOP) interpuso recurso de alzada contra las resoluciones aprobatorias de esos Pliegos, con la petición de que se modificaran en el sentido de que se incluyesen a los Ingenieros Técnicos de Obras Públicas entre los titulados que podrán desempeñar las funciones indicadas o, al menos, se utilice la expresión «técnico competente» en el sobreentendido que los ITOP lo son; y le fue desestimado por la Orden de 1 de marzo de 2004 del Consejero de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Aragón. Esta última resolución la impugnó jurisdiccionalmente mediante el correspondiente recurso contencioso-administrativo y también le fue desestimado.

En el recurso de casación el Colegio muestra su disconformidad con la exigencia, incluida en los pliegos referidos, de la titulación de Ingeniero Superior de Caminos Canales y Puertos (ICCP) para las funciones de Delegado del Contratista y Jefe de Obra. Considera que las facultades que ostenta un Ingeniero Técnico dentro de su especialidad son totales, íntegras y plenas para realizar cualquiera de los trabajos que enumera el artículo 2 de la Ley 12/1986, de cuyas prescripciones, y de la jurisprudencia que la ha aplicado, deduce que para establecer la competencia o incompetencia de un técnico para la realización de un trabajo profesional concreto, es preciso hacer una comparación ente su capacidad técnica (deducida del plan de estudios) y ese trabajo. Da cuenta, a continuación, de los contenidos de las distintas asignaturas que se cursan de acuerdo con el plan de estudios de ITOP, estudios que entiende que le capacitan sobradamente para redactar y dirigir el proyecto de una EDAR. Entiende que la resolución recurrida infringe el principio de igualdad ante la Ley, al discriminar a los ITOP; infringe el principio de reserva de Ley en materia de atribuciones profesionales y por ende el de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, y quebranta el derecho al trabajo que asiste a los ITOP.

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que la plenitud de atribuciones reconocida a los Ingenieros Técnicos dentro del ámbito de su respectiva especialidad no tiene el alcance absoluto que sostiene el recurso de casación, pues siempre tiene el límite cualitativo que significa la exigencia, resultante de lo establecido en el artículo 2.1.a) de la Ley 12/1986, de que los trabajos sobre los que haya de proyectarse el ejercicio profesional «queden comprendidos por su naturaleza y característica en la técnica propia de cada titulación». Lo cual significa que para decidir si una concreta titulación es o no idónea para determinados proyectos o trabajos habrán de resolverse estas dos cuestiones: en primer lugar, constatar cuáles son los conocimientos técnicos que resultan necesarios o inexcusables para realizar profesionalmente ese proyecto o trabajo; y, en segundo lugar, determinar si están comprendidos en las enseñanzas que hayan sido cursadas para la obtención del título de que se trate (Sentencia de esta Sala de 13 de junio de 2006 (recurso 8261/2003). Igualmente, esta Sala ha declarado procedente ponderar «la importancia de las obras y la envergadura de los proyectos» (Sentencia de 21 de junio de 2002 (recurso 863/1998); una ponderación que debe ser entendida en el sentido de que cuando el trabajo profesional presente esas notas o características es más obligada la constatación de si concurren o no los conocimientos que resultan necesarios, porque existen intereses públicos y particulares concernidos que trascienden de los intereses profesionales del titulado de que se trate.

Por lo tanto, la sentencia recurrida no ha incurrido en las vulneraciones que se le reprochan en esos tres primeros motivos de casación. Porque lo que ha venido a razonar ha sido que no se ha demostrado que el título de ITOP comprenda los conocimientos que resultan imprescindibles para realizar el proyecto y la construcción objeto del litigio, y cuya constatación era necesaria debido a la complejidad y envergadura que estos últimos presentaban.

c) 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

La **STS de 3 de enero de 2013**, desestima el recurso planteado por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España que pretendía la nulidad del Real Decreto 1550/2011, de 31 de octubre, que «Complementa el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, mediante el establecimiento de tres cualificaciones profesionales correspondientes a la familia profesional Comercio y Marketing por los defectos de falta de audiencia a este Consejo General y por invadir las competencias de los agentes de la propiedad inmobiliaria (APIS)».

Su tesis puede resumirse en estos términos: Dicho Real Decreto establece la Cualificación Profesional de «Gestión comercial inmobiliaria», que, dado lo que expresa cuando se refiere a su «Competencia general», «Unidades de competencia» y «Módulos formativos», dota de los contenidos necesarios para el ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria, con las funciones propias que ejercen en la actualidad los APIS. Por ello, la omisión del trámite de audiencia del Consejo General en el proceso de su elaboración, vulneró los artículos 24.1, letras b) y c), de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y 2.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales. A su vez, el Real Decreto vulnera el principio de confianza legítima «que supone para los colegiados

de esta Corporación la modificación del statu quo vigente», pues la función de estimar el valor aproximado y objetivo de los bienes inmuebles para fijar el precio de venta o renta, es una materia reservada a los API por los Estatutos Generales de sus Colegios Oficiales, aprobados por Real Decreto 1294/2007, de 28 de septiembre, al dejar vigente su Disposición derogatoria única el artículo 1, relativo a las funciones profesionales de los API, del Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre. Esa función tasadora, así como la mediación o corretaje en compraventas, permutas, préstamos, arrendamientos rústicos y urbanos, y la cesión y traspaso de estos últimos, son actividades propias de estos profesionales, según dispone ese artículo 1. Ante la situación creada por el Real Decreto impugnado, con el establecimiento de una Cualificación Profesional como aquella, los API se verán «imposibilitados del ejercicio de las funciones reconocidas legalmente por su profesión». La compatibilidad que ahora se pretende perjudica a los API, «cuya actividad de forma paralela también está siendo regulada, precisamente y de forma oficial, por la cualificación profesional de Gestión comercial inmobiliaria».

Sin embargo el Tribunal Supremo entiende que el Real Decreto impugnado no regula, no 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. El artículo 1 del Real Decreto 1550/2011 dispone que éste «tiene por objeto establecer determinadas cualificaciones profesionales y sus correspondientes módulos formativos que se incluyen en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales»; añadiendo en su inciso final, expresamente, que esas cualificaciones y su formación asociada «no constituyen una regulación del ejercicio profesional». En definitiva, define qué «competencias» son las que se adquieren en el proceso de formación. Y no, por ser cosa distinta, qué «atribuciones» profesionales han de pregonarse para el poseedor de esa cualificación y formación asociada.

Por lo tanto, la entrada en vigor del Real Decreto 1550/2011 deja intacto el régimen jurídico de los APIS.

MIGUEL CASINO RUBIO
JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

1. CONCEPTO DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA.
 - A) **No es sanción administrativa.**
2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.
 - A) **Reserva de Ley: admisión de norma sancionadora en blanco.**
 - B) **Modulación del principio de reserva de ley por relación especial de sujeción.**
 - C) **Vulneración de la tipicidad por una aplicación de la norma sancionadora que la hace imprevisible.**
 - D) **Vulneración de la tipicidad por interpretación extensiva de la expresión «legislación básica del la viña y del vino» como sinónimo de «legislación estatal» para poder sancionar una conducta.**
3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD.
 - A) **La presunción de inocencia exige que la Administración motive expresamente la culpabilidad en la resolución sancionadora. No cabe motivarla a posteriori en vía judicial.**
 - B) **Error de prohibición que excluye la culpabilidad.**
 - C) **Error material de transcripción que excluye la culpabilidad.**
4. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*.
 - A) **En las infracciones continuadas puede iniciarse un nuevo procedimiento sancionador una vez que la sanción sea ejecutiva si la conducta infractora persiste.**
5. COMPETENCIA SANCIONADORA.
 - A) **Nulidad de un precepto legal que atribuye a un órgano estatal la competencia para sancionar las infracciones en materia de desempleo.**
6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) **Aplicación de las garantías esenciales del artículo 24.2 CE.**
 - B) **El archivo de una denuncia no puede basarse solo en un juicio negativo sobre la culpabilidad del denunciado.**
 - C) **La audiencia a los tres administradores solidarios de una sociedad mercantil no subsana su omisión con relación a la entidad sancionada.**

7. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.
- A) **La vulneración del derecho fundamental a la prueba requiere la producción de indefensión material y ello se vincula a la existencia de un vicio sobre una prueba que sea decisiva en términos de defensa.**
 - B) Prueba obtenida con lesión del derecho fundamental a la protección de datos personales.
 - C) **Contenido esencial de la presunción de inocencia en el ámbito administrativo sancionador.**
 - D) Pruebas de cargo que «pulverizan» la presunción de inocencia del imputado.
 - E) **En el nuevo procedimiento disciplinario por falta leve del artículo 50 Ley Orgánica 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil también rigen los derechos a la presunción de inocencia, información, defensa y audiencia.**
 - F) **Vulneración de la presunción de inocencia por imponer la sanción en virtud de testimonio prestado en una información reservada y no ratificado en el procedimiento sancionador.**
 - G) **Inversión de la carga de la prueba: la no utilización de mecanismos voluntarios de consulta por parte del imputado no desvirtúa su presunción de inocencia.**
8. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) **La suspensión del procedimiento sancionador por prejudicialidad penal se levanta desde que se dicta resolución judicial firme de sobreseimiento aunque no haya sido notificada a la Administración.**
9. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES.
- A) **Reducción de la sanción por un previo incumplimiento de la Administración.**
10. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN.
11. EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES.
- A) **La suspensión cautelar de la multa adoptada en vía judicial a condición de que se prestase aval bancario no paraliza su plazo de prescripción si el aval finalmente no se prestó.**
12. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA.
- A) **Posibilidad de que los jueces sustituyan la infracción y la sanción acordadas por la Administración por otras distintas.**
 - B) **La indefensión material surge cuando se deniega una prueba y luego se reprocha a quien la solicitó la falta de acreditación del hecho que con ella pretendía verificarse.**
-

1. CONCEPTO DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA

A) **No es sanción administrativa**

— Una resolución del médico inspector responsable del Servicio de Inspección de Centros Sanitarios de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid

que contiene un requerimiento de subsanación de diversas irregularidades detectadas por la citada Inspección durante las visitas realizadas a las Clínicas Universal y Nuevo Parque, y que va dirigido al director asistencial de ambas clínicas y cuyo contenido sustancial es que comunique al médico don Vicente que cese y se abstenga en lo sucesivo de realizar cualquier tipo de actividad quirúrgica en ambas clínicas, al estar obligados por norma todos los médicos que realicen las intervenciones quirúrgicas que don Vicente ha realizado de disponer del título oficial de médico especialista en cirugía plástica, estética y reparadora, título del que carece el citado médico (STS de 18 de mayo de 2012, Sección Cuarta, recurso de casación núm. 4508/2010).

— Una multa coercitiva para el arranque de viñedo. La Dirección General de Agricultura y Ganadería impuso a don José una multa coercitiva por no haber procedido en plazo al arranque de viñedo al que se le ordenó por la Administración agraria. D. José recurrió alegando omisión del expediente sancionador con las garantías de audiencia y defensa del interesado. La STSJ de La Rioja, de 13 de septiembre de 2012 (recurso contencioso-administrativo núm. 363/2011) desestimó en este punto las alegaciones del recurrente negando que la multa coercitiva posea naturaleza sancionadora: «la multa coercitiva, como se ha dicho, es un medio de ejecución que trata de estimular el cumplimiento directo por parte del obligado a ello en base a un previo acto administrativo. La multa coercitiva no tiene que someterse, salvo que esté así previsto en la norma de aplicación —que no es el caso— a un procedimiento especial ni, tampoco, al procedimiento sancionador porque, como se ha pronunciado la jurisprudencia, esta medida no tiene carácter sancionador, sino que aspira a vencer la resistencia de los administrados a observar la conducta impuesta en un previo acto administrativo».

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Reserva de Ley: admisión de norma sancionadora en blanco

Se sancionó a una entidad suministradora de contadores de agua, *Aqualia Gestión Integral del Agua, S.A.*, por infracción grave consistente en no someter a verificación los contadores nuevos de agua con carácter previo a su colocación. La sentencia de instancia anuló la multa porque la conducta sancionada no cumplía con el principio de legalidad, pues el artículo 34.6 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en virtud del que se sancionó, no contenía los elementos esenciales del tipo y la conducta tipificada se recogía exclusivamente en el artículo 39 del Decreto 120/1991, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Suministro Domiciliario de Agua, ostentando un rango insuficiente para entender cumplida la reserva legal formal. La Junta de Andalucía recurre en casación y alega que la infracción sancionada sí se encuentra ciertamente tipificada en una norma con rango de ley, pues el artículo 34.6 de la Ley 26/1984 tipifica como infracción en materia de consumidores y usuarios «el incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios», supuesto en el que se integra la conducta observada. Debe tenerse en cuenta, según la recurrente, la diversidad de bienes y servicios que se ofrecen a los consumidores por lo que es extraordinariamente difícil que una norma

legal con carácter general, como es la Ley de Defensa de los Consumidores, pueda precisar las condiciones de normalización de los distintos servicios, productos y bienes, para lo que se requiere la colaboración del Reglamento. Según la **STS de 6 de junio de 2012**, Sección Cuarta, recurso de casación núm. 1495/2008, «existe suficiente rango formal que otorgue cobertura legal a la conducta sancionada, sin que se observe que el Reglamento se exceda de su función colaboradora y de precisión técnica». Después de repasar la doctrina constitucional existente sobre las exigencias que la reserva de Ley impone a la colaboración reglamentaria a la hora de tipificar infracciones y sanciones, la Sala concluye que la llamada de la Ley 26/1984a normas reglamentarias ha de estimarse dentro de la colaboración necesaria, sin que pueda tildarse de exceso reglamentario, y todo ello con base a la claridad de las normas reglamentarias que encierran la conducta exigible a las empresas suministradoras de contadores de agua nuevos:

«el tipo recogido en el artículo 36 de la Ley 26/1984... tiene una traslación directa en la esfera de protección y defensa de los intereses del consumidor, cerrando el posible círculo de posibilidades en las que se puede encontrar la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. El artículo 4 de la Ley 26/1984, llama al Reglamento para poder concretar las especificaciones técnicas consustanciales y definitorias de los diferentes productos, bienes y servicios, puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios (artículo 3) por lo que no podemos considerar el Reglamento como una disposición baladí, sino que ha de considerarse indispensable para poder concretar el nivel de exigencia a requerir en los prestadores, productores y distribuidores, y objeto de modificación a los efectos de adaptación de la evolución de cada uno de ellos en el mercado».

Se estima el recurso de casación y se mantiene la sanción de 213.050,60 euros.

B) Modulación del principio de reserva de ley por relación especial de sujeción

La Confederación de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos de la Comunidad Valenciana «Gonzalo Anaya» recurre —entre otros aspectos— el régimen de las infracciones y sanciones previstas en el Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos. Alegaba, en apoyo de sus pretensiones impugnatorias, vulneración de la reserva de ley en materia sancionadora. La **STSJ de la Comunidad Valenciana, de 19 de octubre de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 1365/2008) desestima el recurso justificando el rango reglamentario de la regulación impugnada en la teoría de las relaciones de sujeción especial:

«no estamos ante un reglamento autónomo como sugiere la actora y nos hallamos con evidencia en el seno de una relación de sujeción especial en tanto la regulación impugnada viene dirigida a distintas personas físicas que forman parte de un colectivo sometido a una disciplina singular, siendo que las conductas contrarias a la convivencia que se relacionan en el propio Decreto y las propias medidas correctoras cuentan con una finalidad de carácter educativo al responder tal normativa, tal y como en su Preámbulo se establece».

C) Vulneración de la tipicidad por una aplicación de la norma sancionadora que la hace imprevisible

En el periodo analizado, el TC se ha enfrentado a la corrección o no de la interpretación hecha por la Administración al incluir una determinada conducta en un concreto tipo en las **SSTC 30 y 45/2013, de 11 y 25 de febrero** (recursos de amparo, Sala Segunda), que han otorgado el amparo demandado. En ambos casos, sustancialmente idénticos, se sancionó a la propietaria de un vehículo por la infracción consistente en no identificar verazmente al conductor responsable de la infracción, a pesar de haber indicado el nombre, apellidos y domicilio de éste, pero no el número de su permiso de conducir o de su DNI. Sin embargo, ambas sentencias consideran que en los supuestos enjuiciados, que presentan una gran similitud con el amparo resuelto por la STC 111/2004 (vid., en el núm. 26 de esta revista, la crónica VII.2.A), la identificación que efectuó la sancionada parece «congruente con el deber de identificar a una persona impuesto en la Ley de Seguridad Vial» y «es suficiente con la finalidad de la exigencia legal, que es la de permitir a la Administración dirigir eventualmente contra esa persona un procedimiento sancionador». Además, «no existe en el expediente administrativo constancia de actuación administrativa alguna tendente a comunicar con la persona identificada por la demandante que se hubiera frustrado por el desconocimiento del número del DNI o del permiso de conducción». Y añaden:

«la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad, hallándose en todo caso vinculadas por los principios de legalidad y de seguridad jurídica. De este modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada; son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios».

D) Vulneración de la tipicidad por interpretación extensiva de la expresión «legislación básica del la viña y del vino» como sinónimo de «legislación estatal» para poder sancionar una conducta

A la entidad *Bodegas Antaño, S.A.*, se le impuso una sanción de multa de trescientos mil euros por infracción muy grave tipificada en el artículo 40.2.d) de la Ley estatal 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino, en concreto, por utilización indebida de contraetiquetas propias del vino de calidad producido en una región determinada. La sancionada adujo en el expediente administrativo sancionador que esa conducta no constituía un ilícito administrativo en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León al no figurar tipificada en el cuadro de infracciones de la Ley 8/2005, de 10 de junio, de la Viña y del Vino de Castilla y León, que desplaza a la Ley estatal en todo aquello que no tenga carácter básico, como sucede con el artículo 40.2.d), al que no se atribuye formalmente tal condición. No obstante, para la Administración sancionadora

«cuando el artículo 42 de la ley autonómica 8/2005 declara que “con carácter general, el régimen sancionador en las materias objeto de la presente Ley será el establecido en la legislación básica de la Viña y del Vino, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos siguientes”, el legislador castellano-leonés “se está refiriendo a la Ley 24/2003, de 10 de julio, en su conjunto, que es la Ley básica de la Viña y el Vino, sin excluir aquellas normas contenidas en ella que no son calificadas por la propia ley como básicas, pero que son aplicables en las Comunidades Autónomas en tanto las desplacen con el simple ejercicio de sus competencias normativas”». La bodega sancionada recurre en amparo y esgrime la violación manifiesta de su derecho fundamental a la legalidad sancionadora. Según la **STC 107/2013, de 6 de mayo** (recurso de amparo, Sala Primera), esta misma cuestión ha sido ya resuelta en las SSTC 90, 109 y 127/2012 (todas ellas con la misma demandante; vid., en el número 59 de esta revista, la crónica VII.3.B), en las que declaramos que «convertir la expresión “legislación básica de la viña y del vino” empleada por el artículo 42 de la Ley [autonómica] (...) en sinónimo de “legislación estatal” en la materia representa una interpretación extensiva de lo dispuesto por el legislador autonómico (...). Ello supone una interpretación del precepto legal autonómico que prescinde del sentido que en el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias encierra lo básico y que difícilmente podrá considerarse acorde con las exigencias de predeterminación normativa de los ilícitos consustanciales al ya reseñado mandato de taxatividad. Todo ello conduce al otorgamiento del amparo solicitado por Bodegas Antaño, S.A., pues la subsunción de su conducta en el ilícito administrativo tipificado por el artículo 40.2 d) de la Ley (estatal)... supuso una quiebra de la garantía material del derecho fundamental a la legalidad sancionadora proclamado por el artículo 25.1 CE». Se otorga el amparo y se anula la multa impuesta.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) **La presunción de inocencia exige que la Administración motive expresamente la culpabilidad en la resolución sancionadora. No cabe motivarla a posteriori en vía judicial**

La presunción de inocencia no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o por las especiales circunstancias subjetivas del presunto infractor (poseer grandes medios económicos, recibir el mejor de los asesoramientos, dedicarse habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida) o porque no se aprecie la existencia de una discrepancia interpretativa razonable de la norma tributaria aplicable o porque no concurren otras causas excluyentes de la responsabilidad. Vuelven a repetir esta jurisprudencia, quizá excesivamente formalista y, por ello, discutible acierto, en el periodo analizado las **SSTS de 31 de mayo de 2012** (dos), recurso de casación núm. 1838/2010, y recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 540/2009, otra vez de la Sección Segunda de la Sala Tercera y con relación a sanciones tributarias que son anuladas por falta de motivación de la culpabilidad del infractor en la resolución administrativa que las impuso (vid., en los núms. 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52 y 54 de esta revista, los apartados VII.9.B y C; VII.12.B; VII.11.C; VII.5.A; VII.5.C; VII.6.A; VII.6.A; VII.7.C y 8.A; y VII.4.A, respectivamente).

En el caso resuelto por la segunda de ellas, el recurso de casación para la unificación de doctrina se interpuso contra una sentencia de la Audiencia Nacional que había confirmado una multa a la entidad mercantil *Talleres Arbesú Reparaciones de Automóviles, S.L.*, por infracción tributaria en materia del impuesto especial sobre hidrocarburos. Considera la entidad recurrente que la sentencia de instancia había infringido el artículo 77 LGT de 2003 que exige la concurrencia de culpabilidad del obligado tributario para que se produzca la infracción tributaria y el deber de la Administración de acreditar la concurrencia de culpabilidad en la actuación del contribuyente. Sobre la alegación de falta de culpabilidad por parte de la sancionada, la sentencia de instancia se pronunció en los siguientes términos:

«Falta de título de imputación ni tan siquiera por mera negligencia. Aquella persona que decida dedicarse al negocio de la explotación del comercio de hidrocarburos, y especialmente de gasóleo bonificado, debe conocer de antemano el régimen, legal y reglamentario, esencialmente formalista que lo rige, y desconocerlo supone la omisión de la diligencia más elemental exigible para poder ajustar su conducta a las normas reguladoras; pero si además, durante casi cinco años, o más, no cumple con las formalidades exigidas para su comercialización, y desconoce, u omite su cumplimiento, debe entenderse que el desprecio por el cumplimiento de las normas impide que pueda entenderse que haya hecho una interpretación razonable de la norma a la que se somete, pues no puede entenderse un desconocimiento absoluto de la existencia de un régimen de regulación especial para la comercialización de estos productos».

La entidad recurrente propone como sentencia de contraste la del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2008, Sección Segunda, que declara la jurisprudencia al principio expuesta. Al respecto, la Sala concluye que

«cuando se examina los acuerdos (administrativos) sancionadores, ha de otorgarle toda la razón a la parte recurrente, no existe el menor atisbo en los mismos del juicio de culpabilidad, en ambos acuerdos se considera a la entidad responsable del Impuesto Especial, se da cuenta de los hechos y de las deducciones indebidas llevadas a cabo, la tipificación de la infracción y las sanciones que corresponden, nada más. Ninguna referencia se contiene sobre la conducta del sujeto pasivo desde el punto de vista subjetivo. La sentencia (de instancia), como no puede ser de otra forma, no parte para ratificarlo del juicio de culpabilidad contenido en los acuerdos, sino que asumiendo el papel de órgano sancionador efectúa directamente dicho juicio en momento procesal que a todas luces resulta inadecuado. Como tanta veces hemos dicho es en el acuerdo sancionador en el se debe contener la motivación de la sanción, pues, como venimos recordando desde la Sentencia de 6 de junio de 2008 (RJ 2008, 5827), «en la medida en que la competencia para imponer las sanciones tributarias previstas en la LGT corresponde exclusivamente a la Administración tributaria, es evidente que los déficit de motivación de las resoluciones sancionadoras no pueden ser suplidos por los órganos de la jurisdicción ordinaria que, en este ámbito, sólo pueden llevar a cabo un mero control de la legalidad. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional que, con fundamento en que no son los Tribunales Contencioso-Administrativos sino la Administración Pública quien, en uso de sus prerrogativas constitucionales, sanciona a los administrados, ha señalado que «una

ulterior Sentencia que justificase la sanción en todos sus extremos nunca podría venir a sustituir o de alguna manera sanar la falta de motivación del acto administrativo» (SSTC 161 y 193/2003)... Como se ha indicado en los acuerdos sancionadores no se contiene referencia alguna, menos un análisis, de la conducta culpable a los efectos de poder realizar la imputación; no se apreció la existencia de culpabilidad como requisito necesario para la apreciación de una infracción tributaria».

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y se anulan las sanciones impuestas.

B) Error de prohibición que excluye la culpabilidad

La Comisión Nacional de la Competencia sancionó al Consejo Regulador de la Denominación de Origen «Jerez-Xérès-Sherry» y «Manzanilla Sanlúcar de Barrameda» por llevar a cabo una práctica concertada contraria a la competencia consistente en la fijación de los precios de la uva y el mosto en el periodo que va desde abril del año 1991 hasta, al menos, marzo de 2009. La **SAN de 17 de octubre de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 609/2011) anula la sanción por estimar que la complejidad de la normativa aplicable a la actividad y funciones del Consejo Regulador en ese período eliminaba cualquier vestigio de conducta culpable en dicho Consejo: «uniendo los tres elementos, reconversión del sector, intervención de dos administraciones públicas en el proceso, y actuación clara y directa, hemos de concluir que la recurrente no tuvo la conciencia de que el comportamiento realizado excedía de sus funciones y constituía una conducta contraria a la libre competencia, sino, bien al contrario, su comportamiento revela la conciencia de estar actuando dentro de la legalidad; lo que implica ausencia de elemento subjetivo del injusto. De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, en cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta es contraria a Derecho por faltar el elemento subjetivo de la infracción». La **SAN de 15 de octubre de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 608/2012) se pronuncia en términos sustancialmente idénticos con relación a *Aecovijerez, SCA*, a la que sancionó la CNC por los mismos hechos.

C) Error material de transcripción que excluye la culpabilidad

La Administración tributaria sanciona a *Dakseros, S.L.*, por una infracción consistente en la consignación de una base imponible negativa ficticia a compensar en el ejercicio tributario correspondiente. La **STSJ de Cataluña, de 20 de septiembre de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 781/2009) anula la sanción porque quedó demostrado que la consignación de la base imponible negativa se debió a un error no culpable en la transcripción de los importes pendientes de compensar procedentes del ejercicio anterior: «en el presente caso, se contiene en la demanda una explicación verosímil y convincente sobre las circunstancias en que se cometió el error de transcripción que ha quedado detallado. ... Se trata, por tanto, de un mero y simple error material de transcripción por intercambio de lectura en dos columnas. Por tanto, hemos de llegar aquí a una conclusión

exculpatoria de la responsabilidad por infracción tributaria, ..., pues no consta que se prescindiera de la diligencia ordinaria en el caso».

4. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

A) **En las infracciones continuadas puede iniciarse un nuevo procedimiento sancionador una vez que la sanción sea ejecutiva si la conducta infractora persiste**

El Consejo de Ministros impuso sanción administrativa de multa de 601.012 euros por realizar vertidos al río Saja sin autorización a la entidad mercantil *Sniace, S.A.*. Ante las alegaciones de la sancionada, la **STS de 25 de mayo de 2012**, Sección Quinta, recurso de casación núm. 339/2011, considera que

«ciertamente cuando la infracción cuya sanción se recurre consiste, como en este caso, en realizar vertidos contaminantes a un río sin autorización, no es insólito plantearse la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de una infracción continuada. Resulta obligado arrancar del contenido del artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, ... La aplicación del artículo 4.6 del citado Reglamento debe desterrar aquellas interpretaciones que permitan a la Administración de modo caprichoso y arbitrario dividir o subdividir los periodos durante los que se han realizado vertidos, estableciendo fracciones artificiales con la única finalidad de incrementar el número o cuantía de las sanciones económicas a imponer. Del mismo modo que tampoco pueden sostenerse interpretaciones que permitan la continuación indefinida del vertido contaminante, pues mientras persista y se mantenga constante estaremos ante una única infracción continuada que puede durar años y años, sujeto sólo a los límites de la prescripción, y cuya conducta únicamente puede ser sancionada en un único procedimiento administrativo sancionador, a iniciar cuando la empresa tenga a bien cesar en su actividad contaminante. La clave de bóveda que, teniendo en cuenta las dos tesis extremas expuestas, establece límites al ejercicio de la potestad sancionadora e impide la impunidad que supone tolerar una permanente actividad contaminante, viene establecida en el inciso final de la citada norma reglamentaria, artículo 4.6, cuando impide que se puedan iniciar nuevos procedimientos en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo. Este carácter ejecutivo... nos conduce, ... (al) artículo 138.3 de la misma Ley 30/1992 cuando dispone que la resolución sancionadora será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. De modo que una vez que se ha puesto fin a dicha vía puede iniciarse otro procedimiento sancionador si la conducta contaminante persiste, que es lo sucedido en este caso...; con independencia de su impugnación judicial posterior y de la suspensión cautelar que pudiera acordarse en su caso».

Y añade: «De obligada cita, en fin, resulta la Sentencia de esta Sala de 31 de enero de 2007 (recurso de casación en interés de la Ley n.º 37/2005), ..., en cuyo fallo se fija como doctrina legal que “es posible para la Administración sancionar conductas reincidentes, cuando la resolución sancionadora anterior, haya adquirido carácter ejecutivo, al ser firme en la vía administrativa”».

5. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) Nulidad de un precepto legal que atribuye a un órgano estatal la competencia para sancionar las infracciones en materia de desempleo

El gobierno catalán interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 46, apartado 17, Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que reforma el artículo 48.4 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Según la recurrente, la reforma legislativa operada altera el ámbito competencial de las CCAA vulnerando de forma manifiesta la doctrina de la STC 195/1996 que establece que la imposición de sanciones consistentes en la pérdida temporal o definitiva de la prestación o subsidio por desempleo por las infracciones de los artículos 24.3 y 25.4 de la LISOS corresponde a la CA y no al servicio estatal de empleo. Según la **STC 104/2013, de 25 de abril** (recurso de inconstitucionalidad, Pleno), «planteada en tales términos, dicha controversia ha de ser encuadrada, conforme a nuestra doctrina (STC 195/1996) en la materia “Seguridad Social”, pues tenemos declarado que las prestaciones por desempleo son prestaciones de Seguridad Social. En el ámbito material de la Seguridad Social, el artículo 149.1.17 CE declara que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”, mientras que el artículo 165.1 b) EAC atribuye a la Generalitat competencia compartida sobre la “gestión del régimen económico de la Seguridad Social”... Dado que lo discutido en el presente recurso (es) ... el ejercicio de la potestad sancionadora, hemos de añadir que, como ha señalado de forma reiterada este Tribunal, la atribución de la competencia ejecutiva comprende la de la potestad sancionadora en la materia sobre la que se ejerce. En concreto, la doctrina constitucional respecto a la potestad sancionadora en materia de Seguridad Social se halla recogida, por remisión a la anterior STC 195/1996, en la STC 51/2006... Para ello, debemos ahora examinar los preceptos que tipifican las infracciones correspondientes para determinar si las mismas pueden ubicarse íntegramente en el régimen económico de la Seguridad Social o pertenecen a materias en las que la Comunidad Autónoma ostenta competencias de ejecución, incluida la potestad sancionadora... Es patente que las conductas tipificadas en ambos preceptos no responden a esas notas pues no recaen directamente sobre la actividad económica de la Seguridad Social, en la medida en que no están relacionadas con la percepción de la prestación por desempleo, sino que se refieren a facultades de supervisión de competencia autonómica en tanto que relativas al cumplimiento de obligaciones que pesan sobre los beneficiarios de la prestación pero no se relacionan directamente con su percepción... Debemos pues concluir que la competencia para la imposición de las sanciones frente a las conductas descritas en los artículos 24.3 y 25.4 del texto refundido de la LISOS... corresponde a la Generalitat de Cataluña, lo que determina que sea contrario al orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, inconstitucional y nulo, el actual segundo párrafo del artículo 48.5 de dicho texto refundido... Ahora bien..., esta declaración de inconstitucionalidad 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 El principio de seguridad jurídica (artículo 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. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Aplicación de las garantías esenciales del artículo 24.2 CE

Conviene recordar la doctrina constitucional en la materia que, por sabida y por falta de espacio, no acostumbramos a incluir en todas las crónicas de esta revista. Esta vez la recoge la **STS de 6 de junio de 2012**, Sala de lo Militar, recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 29/2012, en los siguientes términos:

«Las garantías procesales constitucionalizadas en el artículo 24.2 CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador... en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 CE; ... entre las que, sin ánimo de exhaustividad, cabe citar el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el artículo 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba (SSTC 7/1998 y 272/2006)».

B) El archivo de una denuncia no puede basarse solo en un juicio negativo sobre la culpabilidad del denunciado

Don Carlos Alberto contrató a *Banco Banif, S.A.* la prestación de servicios de inversión. *Banif* le recomendó la compra de acciones de la sociedad *Meinl European Land*. Así pues, entre septiembre y noviembre de 2006, don Carlos Alberto compró acciones de *MEL* por más de 54.000 euros y obtuvo en el plazo de 6 meses una rentabilidad aproximada del 20%. *Banif* le recomendó una nueva inversión, en el Grupo *Meinl* en *Meinl Airports Internacional*, otra empresa del grupo *MEINL*, lo que llevó a cabo don Carlos Alberto en abril de 2007 comprando acciones de esta compañía por 50.023 euros. En julio de 2007 consultó a *Banif* si no sería conveniente vender, a lo que la entidad respondió que todavía convenía esperar un tiempo de cara a una subida adicional. Pero a finales de ese mismo mes comenzó una fuerte caída en el precio de la cotización de *MEL* de un 40%. Al parecer, los gestores de *MEL* utilizaron fondos provenientes de las ampliaciones de capital, en vez de para financiar proyectos como era su finalidad, para sostener y elevar artificialmente el precio de la acción de *MEL* comprando autocartera y ello al menos desde abril de 2007. Por otro lado, *Banif* reconoció en 2008 en un juicio civil desarrollado a instancias de otro perjudicado, que percibía del Grupo *MEINL* una comisión del 0,75% por mantenimiento de la inversión y que no informó de ello a sus clientes. D. Carlos Alberto denunció a *Banif*

ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores alegando que su situación supuso un conflicto de intereses para el Banco, que puso por delante sus propios intereses en perjuicio directo de los intereses de sus clientes e incumplió su obligación de dar un asesoramiento objetivo e imparcial y de proporcionarles una información completa y veraz. Tras las actuaciones previas oportunas, la CNMV acordó el archivo de la denuncia por no apreciar la existencia de culpabilidad, al considerar razonable la interpretación de la norma que hizo *Banif*, señalando en concreto que «la interpretación hecha de la normativa aplicable y de la situación fáctica por la entidad *Banif*, de no considerar la situación como de conflicto de interés y de no revelar la comisión aludida pueda considerarse razonable excluyendo la culpabilidad necesaria para movernos en el ámbito sancionador, todo ello sin perjuicio de que hubiera sido deseable su puesta de manifiesto por razones de transparencia». La **SAN de 23 de octubre de 2012** (recurso contencioso administrativo núm. 276/2010) anula el acuerdo recurrido por entender que el archivo de la denuncia no puede basarse únicamente en la ausencia de culpabilidad:

«se limita la resolución a pronunciarse si es razonable la “interpretación hecha de la normativa aplicable y de la situación fáctica por la entidad *Banif*” lo que no tiene incidencia en la concurrencia de los elementos objetivos del tipo infractor sino en la existencia de culpabilidad. El pronunciamiento acerca de la existencia de culpabilidad es una fase posterior al del análisis de la existencia de hechos sancionables. Ese análisis se realiza una vez constatado que se han realizado hechos típicos. No se puede archivar una denuncia por falta de culpabilidad sin haber citado que preceptos se pueden considerar infringidos y sin haber analizado previamente si concurren los elementos objetivos del tipo y nada dice el acuerdo acerca de si aprecia o no si los hechos denunciados presentan o no indicios de infracción. Hace referencia el acuerdo a que “la interpretación hecha de la normativa aplicable y de la situación fáctica por la entidad *Banif*, se puede considerar razonable” pero no recoge cual es la normativa aplicable ni cual es la situación fáctica que permite llegar a la conclusión de que es razonable la interpretación hecha por *Banif* en cuanto a la existencia de conflicto de intereses».

C) La audiencia a los tres administradores solidarios de una sociedad mercantil no subsana su omisión con relación a la entidad sancionada

El Ayuntamiento de Santanyí (Mallorca) impuso a la mercantil *Gravera Sa Creu, S.L.*, una sanción de 60.000 euros por un deslizamiento de tierras en el límite de una cantera que afectó a un camino colindante que conducía a una ermita de la zona. La sociedad mercantil recurrió la sanción porque en ningún momento había sido llamada al procedimiento como interesada, habiéndolo sido sólo cada uno de sus tres administradores solidarios a título individual. La **STSJ de Islas Baleares, de 31 de octubre de 2012** (recurso de apelación núm. 145/2012) declara la nulidad de pleno derecho de la sanción impuesta por indefensión de la sociedad mercantil: «si bien el procedimiento sancionador y hasta la propuesta de resolución sancionadora se dirigió contra las personas físicas de los Administradores societarios, sin embargo, fue la persona jurídica *Gravera Sa Creu S.L.*, con personalidad jurídica propia y diferenciada de la de sus administradores societarios y frente a la cual nunca se había dirigido el procedimiento sancionador, ni había sido oída durante la instrucción, la que al final, resultó sancionada... El defecto es de carácter sustancial e

insubsanable, causante de grave indefensión proscrita en el artículo 24 de la CE. ... Los administradores solidarios de esa sociedad, en su condición de personas físicas a quienes se dirigía en un principio la imputación, pudieron defenderse a lo largo del procedimiento, pero ninguno de ellos compareció en nombre de la persona jurídica sino en su propio nombre y derecho, de forma que no defendieron la postura de la persona jurídica a la que representan».

7. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) **La vulneración del derecho fundamental a la prueba requiere la producción de indefensión material y ello se vincula a la existencia de un vicio sobre una prueba que sea decisiva en términos de defensa**

Vuelve a dar cuenta de esta jurisprudencia del TC, acaso excesivamente rigurosa y formalista y, por ello, demasiado limitativa del ámbito de protección que dispensa el derecho fundamental a la prueba en el procedimiento administrativo sancionador, la **STS de 6 de junio de 2012**, Sala de lo Militar, recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 15/2012, en los siguientes términos:

«la eventual vulneración del derecho a la prueba requiere como presupuesto indispensable que la inadmisión o, en su caso, la práctica irregular del medio probatorio propuesto haya supuesto para el demandante una efectiva situación de indefensión material, toda vez que la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 de la Constitución Española únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba omitida —o defectuosa o irregularmente practicada— es “decisiva en términos de defensa”, de forma que su práctica en los términos en que debió serlo hubiera servido para modificar la decisión final del procedimiento sancionador (SSTC 10/2000 y 129/2005)».

B) **Prueba obtenida con lesión del derecho fundamental a la protección de datos personales**

Don Adolfo Tomás, subdirector de la unidad técnica de orientación e inserción laboral de la Universidad de Sevilla, fue sancionado por resolución rectoral —por incumplir su jornada laboral— con tres sanciones de suspensión de empleo y sueldo de tres meses cada una por tres faltas muy graves (faltas reiteradas e injustificadas de puntualidad en la entrada al trabajo durante diez o más días en un mes, cometidas los meses de enero y febrero de 2006; transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, consistente en hacer constar en las hojas de control de asistencia una hora de entrada al trabajo que no se corresponde con la real; y faltas de asistencia injustificadas al trabajo durante más de tres días en un mes). A pesar de que en las hojas de control de asistencia de su unidad administrativa el trabajador consignó y firmó cada día como momento de entrada las 8:00 horas y, de salida, las 15:00 horas, gracias al control de videovigilancia realizado se pudo constatar, en cambio, que permaneció en las dependencias de su unidad en horarios muy diferentes a los señalados en tales hojas, acreditándose en la mayor parte de los días laborables (cerca de una treintena) una demora variable en la hora de entrada al trabajo de entre treinta minutos y varias horas.

Alega en amparo que la prueba de cargo que fundamentó las sanciones —la utilización de las grabaciones de imágenes suyas cuando accedía y salía del recinto universitario realizadas a través de cámaras situadas en el vestíbulo de acceso al edificio— fue obtenida con lesión de su derecho fundamental a la protección de datos personales del artículo 18.4 CE, puesto que ni fue consentida ni previamente informado de que se le grababa con la finalidad de controlar su actividad laboral. No opina así el Ministerio Fiscal que consideró que el empleo de las grabaciones para el fin de comprobar el horario que el trabajador cumple diariamente era una medida idónea, necesaria y proporcionada, «sobre todo si se tiene en cuenta que el control manual de asistencia al centro (hoja de firmas) era un registro que dependía del propio demandante de amparo como una de las funciones asociadas a su puesto de trabajo, lo que excluía su aptitud para la verificación de su propia puntualidad». La **STC 29/2013, de 11 de febrero** (recurso de amparo, Sala Primera), que sigue la doctrina de la STC 292/2000, comienza considerando que «la captación de imágenes de las personas constituye un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal». Y argumenta que «el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado... Es complemento indispensable del derecho fundamental del artículo 18.4 CE “la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo”. Por consiguiente, el Pleno del Tribunal ha señalado como elemento caracterizador de la definición constitucional del artículo 18.4 CE, de su núcleo esencial, el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y con qué fin... En aplicación de esa doctrina, concluimos que no hay una habilitación legal expresa para esa omisión del derecho a la información sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales... En el caso enjuiciado, las cámaras de video-vigilancia instaladas en el recinto universitario reprodujeron la imagen del recurrente y permitieron el control de su jornada de trabajo; captaron, por tanto, su imagen, que constituye un dato de carácter personal, y se emplearon para el seguimiento del cumplimiento de su contrato. De los hechos probados se desprende que... la Universidad de Sevilla... fue quien utilizó al fin descrito las grabaciones, siendo la responsable del tratamiento de los datos sin haber informado al trabajador sobre esa utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen. Vulneró, de esa manera, el artículo 18.4 CE. No contrarresta esa conclusión que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos; era necesaria además la información *previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida*. Una información que debía concretar... en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo». En consecuencia, declara la sentencia que las sanciones fueron impuestas con base en una prueba ilícita, que ha lesionado el artículo 18.4 CE, y las declara nulas.

En un voto particular, el magistrado Ollero Tassara discrepa de la posición mayoritaria y considera que el amparo hubo de ser denegado con base, entre otros, en los siguientes argumentos:

«nuestra citada STC 186/2000, que tan reiteradamente se descarta (por la mayoría), resaltaba cómo “debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva”, “atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales”. Igualmente en el fundamento jurídico 7 se afirmó que “[e]l hecho de que la instalación del circuito cerrado de televisión no fuera previamente puesta en conocimiento del Comité de empresa y de los trabajadores afectados (sin duda por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida) carece de trascendencia desde la perspectiva constitucional... Cabría argüir que sí se ha producido en este caso ponderación, estimándose que la protección de datos personales primaba sobre las medidas empresariales, pero ello implicaría una sorprendente valoración del peso de los derechos a la intimidad y a la protección de datos. Es bien sabido que este último, dado su carácter instrumental al servicio de otros derechos, amplía el ámbito de protección del propio del derecho a la intimidad, al extenderse a todo tipo de datos, sensibles o no desde la perspectiva tradicional. Asunto distinto, sin embargo, es que —a la hora de ponderarlo— al derecho a la protección de datos se le pueda atribuir más peso del antes adjudicado al derecho a la intimidad».

C) Contenido esencial de la presunción de inocencia en el ámbito administrativo sancionador

Lo reitera la **STS de 6 de junio de 2012**, Sala de lo Militar, recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 29/2012:

«la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el artículo 24.2 al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones,... comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio (STC 40/2008)».

D) Pruebas de cargo que «pulverizan» la presunción de inocencia del imputado

Llama la atención la frase utilizada por la **STS de 25 de mayo de 2012**, Sección Quinta, recurso de casación núm. 339/2011, sobre multa a una entidad mercantil por realizar vertidos a un río sin autorización, para argumentar que las pruebas incriminatorias aportadas por la Administración en el expediente sancionador han desvirtuado la presunción de inocencia de la imputada: «en este caso la presunción de inocencia del sancionado *ha quedado pulverizada* por las pruebas que obran en el expediente administrativo. En efecto, en carpetas azules I y II que componen el expediente, se suceden las tomas de muestras, visitas del servicio de inspección, e informes sobre el contenido de los vertidos, que ponen de manifiesto las características de los vertidos realizados que se vienen sucediendo desde las instalaciones de la recurrente en Cantabria».

E) En el nuevo procedimiento disciplinario por falta leve del artículo 50 Ley Orgánica 12/2007 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil también rigen los derechos a la presunción de inocencia, información, defensa y audiencia

Lo declara la STS de 6 de junio de 2012, Sala de lo Militar, recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 29/2012, al examinar este nuevo procedimiento que ha venido a sustituir el anterior procedimiento oral que se contenía en la derogada Ley Orgánica 11/1991. Y ello es así, aclara la Sala, aunque sea también un procedimiento simplificado, ahora de carácter escrito.

F) Vulneración de la presunción de inocencia por imponer la sanción en virtud de testimonio prestado en una información reservada y no ratificado en el procedimiento sancionador

La sargento de la guardia civil doña Felicísima fue sancionada con reprensión por falta leve del artículo 9.1 Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil consistente en la incorrección con los subordinados en el ejercicio de sus funciones. En concreto, por dirigirse en el despacho de la comandante del puesto al guardia civil don José Augusto en los siguientes términos: «me has demostrado que eres un inútil» y «eres el hazmerreir del Puesto». Esas frases fueron escuchadas por los guardias civiles don Pedro Antonio y don Baldomero que se encontraban en las inmediaciones del despacho. Alega en casación que se le sancionó sin prueba de cargo suficiente que enervase su presunción de inocencia, pues el único elemento de prueba fueron las declaraciones testificales prestadas por los guardias civiles don Pedro Antonio y don Baldomero en la información reservada, no ratificadas en el expediente sancionador y para cuya realización no se la citó, con lo que no se respetó el principio de contradicción. Al respecto, la STS de 6 de junio de 2012, Sala de lo Militar, recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 29/2012, recuerda su jurisprudencia relativa a que lo manifestado en una información reservada carece de valor verificador de los hechos si no es ratificado ante el instructor del expediente disciplinario y concluye: «habida cuenta de que las declaraciones testificales que pudieran servir de base a la imputación fáctica de la resolución sancionadora no han sido ratificadas en el expediente sancionador tramitado al efecto y que los hechos sancionados en el mismo carecen de base probatoria, no cabe tener por acreditada la conducta reprochada a la sancionada, que obviamente por ello no puede ser subsumida en tipo disciplinario alguno, lo que nos debe llevar a estimar el recurso formulado, declarando la vulneración del derecho a la presunción de inocencia de la recurrente».

G) Inversión de la carga de la prueba: la no utilización de mecanismos voluntarios de consulta por parte del imputado no desvirtúa su presunción de inocencia

El 18 de febrero de 2008, la compañía marítima *Bergé* inició una operación para adquirir el control exclusivo de otra empresa del mismo sector. El 19 de febrero de 2008, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia abrió una investi-

gación preliminar y envió a *Bergué* y a la autoridad portuaria diversos requerimientos de información. A finales de junio de ese mismo año, *Bergué* concluyó la citada operación de concentración económica, y unos días más tarde, el 4 de julio de 2008, la Dirección de Investigación le comunicó el cierre cautelar de las actuaciones preliminares. Sin embargo, y tras la denuncia presentada posteriormente por otra compañía competidora, la Dirección de Investigación reabrió la citada actuación preliminar y el 16 de febrero de 2010 acordó incoación de expediente sancionador, que concluyó con multa por la «ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en [la LDC] antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia». La CNC consideraba culpable a *Bergué* porque, pese a existir dudas razonables sobre si la conducta de la citada compañía mercantil respondía o no al concepto de «concentración sujeta a control», la empresa sancionada no había utilizado los mecanismos de consulta previstos para resolver esa incertidumbre. Recurrida la multa impuesta, la **SAN de 28 de septiembre de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 566/2010) la anula por no apreciar la negligencia aludida por la Administración:

«No puede pretender la CNC apreciar indicios de culpabilidad en *Bergé* por no haber hecho uso del mecanismo de consulta previa regulado en el artículo 55.2 LDC y el artículo 59 del Reglamento 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de defensa de la competencia. Es un procedimiento que las empresas pueden utilizar voluntariamente cuando tienen dudas sobre si una determinada operación debe ser notificada con carácter previo a su ejecución. No es obligatorio y su no utilización no puede ser interpretada como una negligencia o de otra forma cambiar la carga probatoria en un procedimiento sancionador. Lo mismo sucede en el ámbito tributario en el que se pueden formular consultas a la Administración conforme al artículo 88 de la Ley 58/2003 sin que la falta de consulta pueda interpretarse como una negligencia que determine la imposición de una sanción».

8. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) **La suspensión del procedimiento sancionador por prejudicialidad penal se levanta desde que se dicta resolución judicial firme de sobreseimiento aunque no haya sido notificada a la Administración**

La entidad mercantil *Rentokil España, S.A.*, fue sancionada en materia de prevención de riesgos laborales con multa de 60.000 euros. La sentencia de instancia desestimó la alegación de caducidad del procedimiento sancionador ante lo que la sancionada interpone recurso de casación para la unificación de doctrina que es estimado por la **STS de 5 de junio de 2012**, Sección Cuarta, recurso núm. 195/2010, con el siguiente razonamiento: «La contradicción jurídica entre la Sentencia de contraste y la recurrida es clara y manifiesta:..., y consiste en determinar si la fecha de reanudación del plazo para resolver y notificar la resolución en el procedimiento sancionador por infracciones en el orden social, tras la concurrencia de actuaciones penales, es la de firmeza de la resolución penal o la de su toma de conocimiento por la Administración... El instructor queda compelido a abstenerse de seguir el procedimiento administrativo sancionador hasta que “sea firme la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial”, fecha a partir de la que queda

alzada la suspensión y de nuevo computa al efecto del plazo máximo para resolver... Y es que siendo cierta la obligación de comunicar oportunamente la sentencia que se dicte o el auto de sobreseimiento que recaiga... la falta de diligencia de una Administración, o la indebida coordinación entre aquellas, no puede perjudicar al administrado. No obviamos que el artículo 5.1 ha recibido una nueva redacción... (pero) resolvemos la cuestión debatida en los términos en que fue planteada en la instancia... y, de acuerdo con ello, es obligado estimar el recurso».

9. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO.
PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) **Reducción de la sanción por un previo incumplimiento de la Administración**

La Agencia de Seguridad Aérea sancionó a la empresa *Corporación Ygnus Air, S.A.*, por irregularidades detectadas en la maniobra de despegue de una de sus aeronaves en los meses de febrero y marzo de 2008 en el aeropuerto de Madrid-Barajas. En ninguna de esas ocasiones la torre de control informó a la aeronave de las desviaciones producidas, siendo así que en ningún momento el comandante de la aeronave desobedeció las instrucciones recibidas. El incumplimiento de este deber de información por parte de la Administración aeroportuaria y previsto en el Reglamento de Circulación Área, determina que la **STSJ de Madrid, de 28 de septiembre de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 1263/2009) aprecie una menor culpabilidad en la compañía sancionada y reduzca la cuantía de la sanción impuesta.

10. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) **Prescripción de las infracciones permanentes**

La Agencia Española de Protección de Datos sancionó a *France Telecom, S.A.*, por tratar sin consentimiento los datos de la denunciante, dando de alta dichos datos en sus sistemas, mantenerlos y girarle facturas en relación con un servicio del que la operadora no ha acreditado su contratación. El alta en el fichero se produjo el 13 de enero de 2007 y la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento el 18 de diciembre de 2009. La compañía sancionada recurrió la sanción alegando, entre otros extremos, la prescripción de la infracción, pues su plazo era de dos años. La **SAN de 15 de octubre de 2012** (recurso contencioso-administrativo núm. 765/2010), sin embargo, desestima la alegación de prescripción al considerar que la infracción es permanente y que el plazo de prescripción no comenzó a transcurrir hasta el 10 de junio de 2008, fecha hasta la cual los datos del denunciante habían permanecido en el fichero: «La parte actora toma como término inicial del cómputo del citado plazo, la fecha en que los datos de la denunciante causaron alta en el fichero, pero como razona acertadamente la Agencia, ante la que ya se planteó dicha cuestión, los datos referentes a la citada denunciante continuaron en el fichero hasta el 10 de junio de 2008 en que se cargó en la cuenta bancaria de la denunciante la factura de fecha 11 de junio de 2008 por importe de 23,20 euros. La permanencia en el tiempo

de la conducta de la parte recurrente, que luego examinaremos, convierte la misma, en su caso, en una infracción permanente..., lo que implica que el plazo de prescripción no se inicia “al no haber cesado la situación de infracción perseguida”».

11. EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES

A) **La suspensión cautelar de la multa adoptada en vía judicial a condición de que se prestase aval bancario no paraliza su plazo de prescripción si el aval finalmente no se prestó**

La entidad mercantil *APDM Marketing y Publicidad Directa, S.A.*, fue sancionada con multa por la Agencia Española de Protección de Datos de Carácter Personal. Impugnó la multa en vía judicial y pidió su suspensión que fue adoptada cautelarmente por la Sala con la condición de que prestase aval bancario. La sancionada no lo prestó y, pese a ello, la Administración no procedió a exigir el pago. Con ello, dejó transcurrir el plazo de prescripción de la multa. No obstante, la Administración exigió y consiguió su cobro una vez dictada la sentencia desestimatoria del recurso interpuesto, esto es, una vez transcurrido el plazo de prescripción, por lo que la sancionada solicitó posteriormente que se le devolviera ese ingreso indebido. Pero esto lo rechazó la Administración al entender que los plazos de prescripción de la sanción debían contarse a partir de la fecha de notificación de la sentencia desestimatoria a la Agencia de Protección de Datos y no antes. Impugna la sancionada esa denegación ante la Audiencia Nacional que resuelve la procedencia de devolución de la multa pues había sido cobrada indebidamente por haber prescrito. Contra esa sentencia interpone la Administración del Estado un recurso de casación que es desestimado por la **STS de 6 de junio de 2012**, Sección Sexta, recurso núm. 4365/2009, con el siguiente razonamiento:

«el principio general de ejecutividad... debe conjugarse con las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva. En este sentido es posible el control judicial del privilegio de ejecutividad de los actos administrativos a través de las medidas cautelares. En estos casos la tutela judicial se satisface sometiendo la ejecutividad al juicio del tribunal, que puede suspender la ejecutividad mediante la adopción de la correspondiente medida cautelar o, por el contrario, mantenerla...; las sanciones administrativas no pueden ser ejecutadas hasta que el Juez o Tribunal Contencioso-Administrativo se haya pronunciado obre la adopción de medidas cautelares, de manera que, en estos casos, la interposición de recurso contencioso-administrativo con solicitud cautelar impide la ejecutividad del acto sancionador recurrido. Sin embargo, una vez que la decisión cautelar ha sido adoptada si de ella no se deriva la suspensión de la ejecutividad ésta vuelve a recobrar toda su efectividad. En el presente caso, en los diversos procedimientos sancionadores seguidos contra *APDM Marketing y Publicidad Directa, S.A.*, pese a que se acordó la suspensión cautelar dicha suspensión quedó condicionada en cuanto a su eficacia a la presentación de un aval que nunca fue aportado, por lo que ante esta situación la Administración pudo perfectamente ejecutar las sanciones impuestas con anterioridad a que se dictaran las Sentencias. Ningún efecto interruptivo se produjo del plazo de prescripción para ejecutar la sanción pese a lo manifestado por el Abogado del Estado. Hubiera sido necesaria la suspensión efectiva acordada por la Sala (o, en su caso, incluso por la propia Admi-

nistración) o bien la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución ex artículo 47.6 LOPD y 132.3 de la Ley 30/1992. En definitiva, los plazos de prescripción de las multas impuestas transcurrieron sin que la Administración ejercitara acción alguna encaminada al cobro...; la mención a la “firmeza” en los artículos 47.5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y 132.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ..., está referida a la firmeza en vía administrativa».

12. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Posibilidad de que los jueces sustituyan la infracción y la sanción acordadas por la Administración por otras distintas

Es lo que ocurre en la **STS de 17 de mayo de 2012**, Sección Quinta, recurso de casación n.º 102/2010, que estima el recurso y cambia la infracción grave fijada por la Administración por una infracción leve al no considerar válido el informe de valoración de los daños ocasionados por el infractor al dominio público hidráulico del que dependía la gravedad de la infracción cometida. En el caso, la empresa pública de la Comunidad de Madrid, *Canal de Isabel II*, es sancionada por infracción grave consistente en realizar vertidos de aguas residuales al río Tajo, procedentes de la EDAR de Aranjuez, incumpliendo la condición tercera de la autorización de vertido. A las alegaciones de la sancionada, la Sala responde que «en este caso, ..., el informe de valoración de los daños está privado de sustento. ... Esto comporta que la sentencia de instancia ha de ser casada, ... por haberse calificado como “grave” la infracción imputada a la recurrente..., pues sin una valoración válida de los daños no puede efectuarse esa calificación de “grave”..., toda vez que la consideración como “graves o muy graves” de las infracciones previstas en los artículos anteriores está en función de los daños causados... Ahora bien, esto no implica que no proceda la imposición de sanción alguna a la entidad recurrente, pues el hecho acreditado de haber realizado los vertidos de aguas residuales urbanas al río Tajo, procedentes de la EDAR de Aranjuez, a los que antes se ha hecho referencia, incumpliendo la condición III de la autorización de vertido, supone la comisión de la infracción prevista en el citado artículo 116.3.c) del TRLA, ... En el supuesto que nos ocupa procede considerar como “leve” el hecho imputado a la recurrente... Por ello, ha de estimarse en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la Ministra de Medio Ambiente..., que ha de ser anulada en cuanto impuso a la entidad recurrente una sanción de 164.807,97 euros de multa y la obligación de indemnizar por los daños causados al dominio público hidráulico en la suma de 24.721,20 euros, por la comisión de la infracción grave que en ella se indica, quedando reducida esa sanción a 240,40 euros de multa por la infracción leve cometida». La **STS de 17 de mayo de 2012**, Sección Quinta, recurso de casación núm. 1243/2010, resuelve en los mismos términos un supuesto igual en el que se había impuesto otra sanción a la misma entidad.

Por su parte, reduce la sanción de suspensión de nueve meses y un día impuesta a un sargento por la de suspensión de cinco meses la **STS de 8 de junio de 2012**, Sala de lo Militar, recurso contencioso-disciplinario militar núm. 105/2011, por entender que «se ha vulnerado la debida individualización (de la sanción)..., de manera que resulta despro-

porcionada a la entidad de los hechos y a las circunstancias concurrentes en el sancionado (en especial, encontrarse en posesión de varias condecoraciones, distintivos y menciones honoríficas, así como su asidua participación en operaciones de mantenimiento de la paz en Afganistán). Así mismo, la **STS de 23 de mayo de 2012**, Sala de lo Militar, recurso contencioso-disciplinario militar núm. 86/2011, sustituye la sanción de separación del servicio impuesta a un guardia civil por consumo drogas con habitualidad, que es la más grave e irremediable de las sanciones previstas por el legislador para estos casos, por la de suspensión de empleo por ocho meses pues «tratándose del consumo de cannabis (y no de otras drogas más duras) nuestra jurisprudencia y numerosos precedentes de la Administración militar, se inclinan por la procedencia de la sanción de suspensión de empleo como la más adecuada».

B) La indefensión material surge cuando se deniega una prueba y luego se reprocha a quien la solicitó la falta de acreditación del hecho que con ella pretendía verificarse

A la entidad *Graveras Los Ángeles, S.A.*, se le impuso una multa de 600.000 euros por realizar labores de extracción en diversas parcelas del polígono 8 del término municipal de Ciempozuelos sin contar con declaración de impacto ambiental favorable. Alega en casación que la denegación de prueba por la Sala de instancia le produjo indefensión. La **STS de 18 de mayo de 2012**, Sección Quinta, recurso de casación núm. 5623/2008, comienza recordando la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la prueba para proyectarla después al caso examinado: «hay significativas coordenadas que no podemos desconocer. En primer lugar, que se trata de la impugnación de una sanción administrativa... Y, en tercer lugar, que tras denegarse la prueba en el proceso, la sentencia imputa a la recurrente una falta de prueba o déficit probatorio. No resulta intrascendente, en primer lugar, que se trate de la impugnación jurisdiccional de una expresión del derecho administrativo sancionador, pues la importancia que la prueba reviste en este tipo de asuntos se manifiesta en nuestra Ley Jurisdiccional. Así la LJCA contiene una previsión específica al respecto cuando señala, con motivo de la impugnación de una sanción administrativa o disciplinaria (artículo 60.3), que el proceso se recibirá siempre a prueba, cuando hay disconformidad en los hechos. ... Pero, en tercer lugar, si alguna de las tres coordenadas es esencial es aquella que advertimos cuando la sentencia, en el fundamento octavo, página 8, imputa a la parte recurrente un defecto de prueba, al no haber acreditado que procedía una indemnización menor a la establecida, y previamente la Sala de instancia le había denegado el medio de prueba que tenía tal objeto... A la recurrente le fue denegada la prueba propuesta como documental sexta, que pretendía acreditar que el importe económico de la indemnización no se ajustaba a Derecho. En concreto se denegó la documental para que se oficiara al Ministerio de Industria al objeto de que se remitiera copia estadística minera sobre los áridos y grava para determinar el valor, euro/tonelada, y los costos unitarios para determinar el valor de los áridos extraídos... En definitiva, la indefensión material surge cuando se deniega una prueba y luego se reprocha a la parte la falta de acreditación... La relevancia casacional de la denegación del medio probatorio resulta esencial y su omisión trascendente a estos efectos, porque ha impedido demostrar..., la relación que media entre los hechos que se

quisieron probar —el valor de los daños ocasionados para fijar la indemnización— y la prueba no practicada —el oficio al Ministerio de Industria citado—. ... En consecuencia, procede estimar el primer motivo, declarar que ha lugar a la casación, y retrotraer las actuaciones, ex artículo 95.2 c) LJCA, para que por la Sala de instancia se proceda a la admisión de las pruebas documentales».

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO BUENO ARMIJO
MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO.
 - A) **La omisión del trámite de información pública en una expropiación urgente no se subsana por la previa cumplimentación de ese trámite, con intervención del interesado, en el marco de un procedimiento de declaración de impacto ambiental.**
 - B) **La falta de consignación presupuestaria del justiprecio no es causa suficiente para apreciar vía de hecho expropiatoria, una vez apreciadas las circunstancias del caso, ni para aplicar un 25% de incremento del justiprecio.**
3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO.
 - A) **La presunción de acierto que la jurisprudencia ha predicado tradicionalmente de las resoluciones del Jurado Provincial de Expropiación se debilita en el caso de los Tribunales y Jurados regionales dependientes de las Comunidades Autónomas en los que no se garantiza el mismo nivel de independencia de sus miembros.**
 - B) **Momento al que referir la valoración de los bienes en el procedimiento de tasación conjunta.**
 - C) **Sujeto obligado al pago en supuestos en los que resulta imposible la reversión *in natura*.**

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 finales de septiembre de 2012, hasta el 31 de diciembre de 2012. En este periodo, dicho Tribunal ha dictado algo más de 150 sentencias sobre la materia expropiatoria, de las que destacamos aquí la doctrina más sobresaliente. Asimismo, en esta ocasión unimos al comentario un par de sentencias de la Audiencia Nacional especialmente relevantes.

2. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) **La omisión del trámite de información pública en una expropiación urgente no se subsana por la previa cumplimentación de ese trámite, con intervención del interesado, en el marco de un procedimiento de declaración de impacto ambiental**

La **STS de 21 de diciembre de 2012** (rec. núm. 541/2010) resuelve el recurso de casación interpuesto por una empresa de transformación y explotación de marismas contra la Sentencia del TSJ de Andalucía (rec. núm. 1113/2006) que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha empresa contra una Resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por la que se convocaba a la recurrente para el levantamiento de acta previa de ocupación de una finca de su propiedad afectada por un expediente de expropiación para la «modernización de la zona regable de las marismas del Guadalquivir».

La impugnación del acto en el procedimiento de instancia pretendía la nulidad de todo el expediente expropiatorio, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados, por la comisión de diversas irregularidades en la tramitación del expediente, con omisión de trámites esenciales que le habría producido indefensión, fundamentalmente los de audiencia e información pública.

La sentencia de instancia desestimó la invocación de esa causa de nulidad justificando la omisión de dichos trámites del procedimiento expropiatorio en el hecho de que para tramitar el proyecto expropiatorio en cuestión se había tramitado previamente en expediente de declaración de impacto ambiental (requerido por la naturaleza del proyecto expropiatorio) que fue sometido a información pública mediante anuncios insertos en los tablones de los Ayuntamientos afectados y mediante edicto publicado en el BOP, en el que la empresa recurrente pudo participar y formular alegaciones, por lo que la Sala de instancia entendió infundada la alegación de nulidad esgrimida.

Entre los motivos alegados en su recurso de casación, la empresa recurrente alegó la infracción de los artículos 15 a 20 de la LEF, y de la jurisprudencia que los interpreta, por haber omitido la Administración expropiante el cumplimiento del procedimiento establecido en dichos preceptos, concretamente la elaboración de una relación de bienes y derechos a expropiar, el trámite posterior de información pública y la resolución sobre necesidad de ocupación, sin que se puedan sustituir estos trámites por el realizado por la Administración de exposición al público para obtener la Declaración de Impacto Ambiental.

La Administración recurrida no niega, por su parte, que se haya prescindido de esos trámites durante la sustanciación del procedimiento expropiatorio, si bien considera, al igual que el Tribunal *a quo*, que su omisión se justifica por la tramitación previa del trámite de información pública de la Declaración de Impacto Ambiental.

Frente a esta interpretación, el Tribunal Supremo aprecia la causa de nulidad esgrimida por la recurrente en el procedimiento de instancia y declara haber lugar al recurso de casación interpuesto con base en el siguiente razonamiento, que por su claridad y trascendencia merece la pena reproducir *in extenso*:

«El artículo 15 de la Ley de Expropiación Forzosa establece que, una vez declarada la utilidad pública o interés social de la expropiación, la Administración debe resolver sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación. Se abre con este trámite esencial del procedimiento expropiatorio un haz de garantías para el expropiado pues le permite discutir la necesidad o incluso la extensión del concreto sacrificio de sus bienes o derechos para la satisfacción de la utilidad pública o interés social que justifica la expropiación, pues no solo permite controlar en ese momento la legalidad de la causa expropiando, la extensión de la ocupación a fin de que se limite a lo estrictamente necesario, o, en su caso, se proceda a la expropiación total o parcial de la finca (artículo 23 LEF), sino que incluso le habilita para proponer a la Administración posibles alternativas de ocupación de bienes distintos, señalando la localización de la obra o servicio en lugar diferente (artículo 19 LEF). Ello es así porque el ordenamiento jurídico no otorga a la Administración un pleno poder para expropiar sino una potestad limitada en cuanto a su ejecución. Como señalamos en nuestra sentencia de 9 de marzo de 1993, la formulación de la expropiación, contenida en el artículo 33 de la Constitución, presupone que la finalidad de la privación o restricción de la propiedad privada, concretada en la subordinación de tal derecho a las necesidades del interés público o utilidad social, ha de recaer en la fijación de un bien concreto y específico, adecuado para el cumplimiento de tales necesidades públicas o sociales.

Cierto es que el artículo 17.2 prevé que la declaración de necesidad de ocupación se halla implícita en la aprobación del proyecto de obras y servicios siempre que comprenda la descripción material detallada de los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación, requisito que el propio artículo 52, relativo a las expropiaciones urgentes como la que aquí se ha llevado a cabo, también contempla. Así, cuando se omite aquel trámite esencial es preciso el examen de lo concretado por la Administración en el trámite de aprobación del proyecto, muy particularmente si el grado de concreción material de los bienes y derechos a expropiar se ha producido. Pues bien en nuestro caso, según se deduce del expediente, ese grado de concreción no se produce hasta la redacción del anejo de expropiaciones por la Comunidad de Regantes en el año 2006, dos años después de la aprobación definitiva del Proyecto por Resolución de la Presidencia del Instituto de Reforma Agraria de Andalucía de fecha 13 de octubre de 2004, sin que los anuncios realizados tanto en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla como en los tabloneros de anuncios de los Ayuntamientos afectados tengan el grado de concreción exigible como para tener por satisfechas las exigencias derivadas del referido artículo 17 de la Ley de Expropiación Forzosa, pues la finalidad de tales anuncios era dar a conocer la evaluación de impacto ambiental de un proyecto muy amplio de mejora del sistema de regadío afectante a cuatro términos municipales.

La omisión de esos trámites esenciales determina la concurrencia en el expediente expropiatorio de un defecto o vicio procedimental trascendente, determinante de la nulidad de actuaciones pretendida en la demanda, pues la aprobación de Planes o Proyectos exige, a los efectos de la expropiación, el contenido informativo que resulta de lo previsto en la Ley de Expropiación Forzosa para poder resolver posteriormente en orden a la necesidad de ocupación pues sólo de esa manera tienen los interesados la posibilidad de discutir la localización de la obra efectuada por la Administración y proponer en su caso alternativas, sin que la norma inserta en el artículo 52.1.^a de la LEF altere la constatada exigencia legal, reiterada en el artículo 56.1 del Reglamento de Expropiación Forzosa, defecto que es tras-

cidente en cuanto susceptible de causar indefensión a la Compañía de Transformación y Explotación De Marismas, S.L., propietaria de los terrenos afectados, al no poder rebatir la solución adoptada por la Administración, cuya actuación definitiva será por tanto ilegal y equiparable a la vía de hecho».

B) La falta de consignación presupuestaria del justiprecio no es causa suficiente para apreciar vía de hecho expropiatoria, una vez apreciadas las circunstancias del caso, ni para aplicar un 25% de incremento del justiprecio

La STS de 7 de noviembre de 2012 (rec. núm. 61/2010) resuelve el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Castilla-La Mancha y el Ayuntamiento de Talavera de la Reina contra la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 2009 (rec. núm. 587/2005) que estimó parcialmente la impugnación del justiprecio fijado por el Jurado Regional de Valoraciones de dicha Comunidad.

La sentencia, extraordinariamente extensa, se adentra en multitud de cuestiones de interés, de las que nosotros traeremos a esta crónica las dos que nos parecen más novedosas e interesantes. La primera, que comentamos en este punto, se refiere a la apreciación de la vía de hecho expropiatoria por falta de consignación presupuestaria del justiprecio.

El mencionado defecto, denunciado por la actora en el procedimiento de instancia, es apreciado por la Sala de instancia como determinante de la nulidad de todo el procedimiento expropiatorio, que acaba equiparando con una vía de hecho. La Sala *a quo* llega a esta conclusión tras un larguísimo razonamiento (FJ 5.º de la sentencia de instancia) en el que se afirma que la ausencia de esa habilitación presupuestaria previa

«debe llevar como consecuencia la nulidad del expediente expropiatorio, acogiendo la Sala la doctrina elaborada por la sentencia del TS de 22-11-96 que analiza las consecuencias de la ausencia de dicha retención del crédito presupuestario, legalmente exigido, como vicio de nulidad del expediente (...). Aun cuando la sentencia se refiera a un procedimiento de urgencia en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 52 de la LEF donde se indica que en el expediente que se eleve al Consejo de Ministros deberá figurar necesariamente la oportuna retención de crédito con cargo al ejercicio en que se prevea la conclusión del expediente expropiatorio y la realización efectiva del pago por el importe a que ascendería el justiprecio calculado en virtud de las reglas previstas para su determinación en esta Ley, sin embargo esa necesidad también resulta de las normas presupuestarias citadas en la mencionada sentencia y la Ley de Haciendas Locales. El actual artículo 173.5 del Real Decreto Legislativo 27/2004, de 5 de marzo, establece que “5. No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”; en los mismos términos el artículo 46 de la actual en relación con el 27.4, establece que: “Los créditos para gastos son limitativos. No podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta Ley”».

La cuestión que la Sala de instancia afronta a renglón seguido es la de si esa declaración de nulidad es vicio que debe llevar o no como consecuencia el incremento del justiprecio en un 25% que la actora pretende y que la doctrina jurisprudencial asocia a las vías de hecho por ausencia de procedimiento con omisión de garantías esenciales en las que no hay posibilidad de reversión del bien *in natura*. Tras un exhaustivo repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la toma en consideración de las especialidades del pago en el procedimiento de expropiación de urgencia (asimilando la consignación presupuestaria del justiprecio al depósito previo en la expropiación urgente —como era el caso de ésta—), el Tribunal *a quo* acaba acogiendo la pretensión de incrementar el justiprecio en un 25% equiparando el supuesto analizado a una vía de hecho expropiatoria.

La Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento que recurren en casación esgrimen frente a este razonamiento una serie de motivos tendentes a hacer valer la idea de que no todo vicio de procedimiento conlleva la nulidad de la expropiación. Los motivos son acogidos por el Tribunal Supremo, que declara que hay lugar al recurso de casación en este extremo con el siguiente razonamiento:

«Lo primero que debemos constatar es que los artículos 154.5 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, 173.5 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y 46 de la Ley General Presupuestaria, prevén la nulidad de pleno derecho de los acuerdos, resoluciones y actos administrativos en los que se adquieran compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, y que es precisamente con apoyo en dichos preceptos por los que esta Sala, en sentencia de 22 de enero de 1996 (rec. núm. 1314/1993), citada en la recurrida, al apreciar la falta de crédito presupuestario para la expropiación de una finca, entendió que el acuerdo municipal de necesidad de ocupación de bienes incurría en nulidad de pleno derecho.

Más recientemente, en sentencia de 15 de febrero de 2012 (rec. núm. 6410/2008), se apreció la nulidad del expediente de expropiación por falta de consignación presupuestaria, con el argumento siguiente: “Efectivamente, la Sentencia impugnada funda su decisión anulatoria en la infracción de determinados preceptos que obligan a las Administraciones Públicas a no adquirir compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, declarándose en la resolución ahora recurrida que en la fecha en que fue acordada la publicación del proyecto de expropiación y la relación de bienes y derechos afectados por la misma, no existía consignación presupuestaria del previsible pago del justiprecio correspondiente a las valoraciones de bienes y derechos afectados, sin que conste certificación de la beneficiaria o informe de fiscalización de la Administración expropiante sobre la cobertura financiera y presupuestaria del proyecto al momento de su aprobación definitiva, afirmaciones de hecho que no han sido contradichas en el recurso de casación, y que son determinantes de la nulidad de pleno derecho acordada por la Sala”.

Pero hechas las precedentes constataciones, la cuestión a dilucidar es si en el concreto supuesto de litis debe o no apreciarse la nulidad de pleno derecho del procedimiento seguido y, con base en ello, la vía de hecho.

Al respecto no sobra recordar que la viabilidad de denunciar la vía de hecho responde, según resulta de la exposición de motivos de la LJCA, a la voluntad del legislador de dotar de un mecanismo por el que se puedan combatir las actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase, y que, en el ámbito expropiatorio, la Jurisprudencia ha limitado su apreciación a aquellos supuestos en que se prescinde del procedimiento legalmente establecido o de sus requisitos sustanciales, apreciando así su concurrencia cuando falta la declaración de utilidad pública o interés social, o cuando se ocupan bienes o se afectan derechos no incluidos en la relación de los expropiados, o cuando no se cumplen las formalidades legales exigidas para la ocupación.

En el supuesto de autos (...) el procedimiento ha sido legalmente tramitado y, en efecto, la Sala de instancia se acoge a la falta de consignación desde una perspectiva exclusivamente formal, esto es, sin considerar las circunstancias concurrentes, y ello conduce a apreciar sin mas una inexistente vía de hecho que le lleva a fijar una indemnización al margen de los parámetros que para el justiprecio expropiatorio prevé la Ley 6/1998 (...), que además se incrementa improcedentemente en un 25%, sin considerar que dicho porcentaje constituye un máximo que la Jurisprudencia de esta Sala ha establecido en supuesto de vía de hecho, y de posible aplicación cuando la indemnización, por imposibilidad de restitución *in natura*, se determina siguiendo los criterios valorativos de la Ley citada, lo que no es el caso (...).

Por lo expuesto, insistiendo en que la falta de consignación presupuestaria se denuncia única y exclusivamente desde una perspectiva formal, que no solo debemos considerar como no acorde con el criterio restrictivo que debe presidir la apreciación de la nulidad radical y, por derivación, la constatación de la vía de hecho, sino también como claro exponente de un exceso formalista en el ejercicio del derecho, procede el acogimiento de los motivos casacionales (...) de la Comunidad y (...) Ayuntamiento».

Y es que —concluye el Tribunal Supremo— si bien la falta de acto previo determinante de la vía de hecho es equiparable a una irregularidad sustancial en dicho acto, en el caso de autos, atendiendo a las circunstancias concurrentes, no puede atribuirse al vicio denunciado el carácter sustancial exigido para apreciar la existencia de vía de hecho, salvo que se parta de una concepción estrictamente formalista que es la del Tribunal *a quo* y que no comparte el Tribunal Supremo, en cuanto no responde al alcance que el legislador atribuye con carácter general a las exigencias formales.

3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) **La presunción de objetividad que la jurisprudencia ha predicado tradicionalmente de las resoluciones del Jurado Provincial de Expropiación se debilita en el caso de los Tribunales y Jurados regionales dependientes de las Comunidades Autónomas en los que no se garantiza el mismo nivel de independencia de sus miembros**

La misma **STS de 7 de noviembre de 2012** (rec. núm. 61/2010) que acabamos de comentar contiene un interesante pronunciamiento en torno a la presunción de objetividad y

acierto que la jurisprudencia ha predicado tradicionalmente de las resoluciones del Jurado Provincial de Expropiación y que, para la Sala de instancia, se debilita en el caso de los Tribunales y Jurados regionales dependientes de las Comunidades Autónomas en los que no se garantiza el mismo nivel de independencia de sus miembros; en este caso, el Jurado Regional de Valoraciones de Castilla-La Mancha. Así, la sentencia recurrida en casación es este caso (la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de noviembre de 2009 antes citada) afirma en este punto (FJ 3.º) que

«Como las partes sabrán, tanto el Tribunal Supremo respecto de un Jurado de semejantes características creado en la Comunidad de Madrid (Auto del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2003, dictado en el recurso de casación 9075/1998, relativo al artículo 102.3 de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo) como esta misma Sala en relación con el Jurado Regional de Valoraciones (auto dictado en el recurso contencioso-administrativo 404/2003, en relación con el artículo 152 de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de la Comunidad de Castilla-La Mancha, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, y el artículo 2 punto 44 de la Ley 1/2003, de 17 de enero, de modificación de la anterior), plantearon cuestiones de inconstitucionalidad respecto de la creación de este tipo de órganos, haciéndolo esta Sala tanto por entender que concurría una ausencia genérica de competencia autonómica para regular este tipo de instituciones, como, tanto esta sala como el Tribunal Supremo, por entender que la composición del Jurado no reunía, por su composición, las garantías que para los Jurados Provinciales establecía la ley estatal.

Es este último punto el que nos interesa ahora. Es claro que las sentencias del Tribunal Constitucional 251/2006 y 315/2006 desestimaron ambas cuestiones de inconstitucionalidad, sobre la base de argumentos semejantes. Ahora bien, que así lo hicieran no quiere decir que por tal razón el Jurado Regional de Valoraciones deba ser puesto en pie de igualdad, en cuanto a la presunción de acierto de sus resoluciones, con el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa. El Tribunal Constitucional entendió que la composición del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, cuando incluye a un Notario y a un representante de Colegio Profesional o Cámara, en realidad no tiende a dar entrada a una representación “directa” de los intereses del expropiado (“Por tanto, la apreciación de que el vocal procedente de cualquiera de estas corporaciones de Derecho público represente directamente los intereses de los expropiados, en oposición a los dos primeros vocales, antes aludidos, que representarían los intereses públicos por su vinculación a la Administración expropiante, no se compadece con la naturaleza de aquellas corporaciones” —STC 251/2006—). Esto es algo que debe compartirse, pues nunca la doctrina del Tribunal Supremo sobre la presunción de acuerdo de los Jurados afirmó que tales integrantes representasen “directamente” los intereses del expropiado, sino, simplemente, que su origen garantizaba una mayor imparcialidad, aparte de preparación, en las decisiones del Jurado. En cualquier caso, la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “presunción de acierto” está íntimamente vinculada a esta concreta composición de los Jurados Provinciales, composición que, sin perjuicio de, naturalmente, reconocer la constitucionalidad de la institución una vez que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, no puede predicarse semejante en el caso del Jurado Regional, a la vista de su composición, ni por tanto puede considerarse merecedor este último órgano de la presunción de acierto mencionada. En la composición del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa concurren dos miembros de vinculación directa con la Administración pública, aunque no

necesariamente la Administración expropiante (el Abogado del Estado y el funcionario técnico designado por la Administración periférica del Estado) frente a tres que poseen claras notas de independencia (que no de representación de los intereses del particular, como insiste en decir el Tribunal Constitucional), tal como el Presidente, Magistrado de la Audiencia Provincial, un representante de la Administración colegial, y un Notario; por el contrario, en el Jurado Regional nos encontramos con un Presidente designado por el Consejero, dos Letrados de la Comunidad Autónoma dos técnicos facultativos al servicio de la Comunidad Autónoma, tres técnicos facultativos elegidos por la Federación de Municipios y Provincias y en su caso un representante de la Corporación Municipal o Provincial expropiante (con voz y sin voto sin voto); todos ellos pues, designados y/o dependientes de las Administraciones Públicas, y sólo un representante colegial como miembro no de designación administrativa.

Esto no quiere decir nada en contra a la preparación técnica y capacidad de los miembros del Jurado Regional de Valoraciones; pero dicha preparación es sólo una de las razones que llevaron al Tribunal Supremo a fijar la doctrina de la presunción de acierto del Jurado, siendo la otra la imparcialidad de sus miembros, imparcialidad que, a la vista del origen de los mismos, no es dable presumir. Sin que por supuesto ello implique juicio alguno peyorativo, en absoluto, sobre la concreta forma en que cada uno de los miembros del Jurado Regional ejerza sus funciones; pero una cosa es eso y otra la posibilidad de construir una teoría sobre la presunción de acierto de sus decisiones, que no resulta posible a la vista del origen y vinculación de sus miembros.

En el presente caso asiste otra razón para cuestionarnos aun más si cabe esa presunción de objetividad del Jurado que dictó la resolución recurrida a la vista de las alegaciones efectuadas por la parte actora en su escrito de 22-10-2008 —folio 416 de los autos— como es la doble condición que concurre en D. Avelino como miembro del Jurado que decidió en este caso, que figura incluso como vocal del Jurado Regional en representación de la Federación de Municipios según la resolución que se acompaña con el mencionado escrito, y a su vez como técnico del Ayuntamiento que realizó la valoración de la finca expropiada a la que se contraen los presentes autos y firmó la hoja de aprecio —folios 4 a 6, 167 y 181 a 184 del expediente administrativo—. A juicio de la Sala no puede asumir la condición de juez y parte quien interviene como firmante de la hoja de tasación o aprecio del Ayuntamiento, parte en este procedimiento, y a la vez integrante del Jurado. Esta doble condición contamina de parcialidad la resolución del Jurado e introduce un nuevo factor para que recelemos aun más de su presunción de acierto. Lo lógico hubiera sido que el citado miembro se hubiese abstenido según lo previsto en el artículo 28.2 a), d) y e) de la Ley 30/92 de aplicación supletoria al procedimiento expropiatorio —artículos 32 a 38 del REF— (...).

Sin entrar en la cuestión de fondo presentada en este fundamento, el Tribunal Supremo se limita a afirmar por su parte, al resolver el recurso de casación, que en atención a la nulidad que —como vimos— la Sala de instancia aprecia en el expediente analizado la presunción de acierto o validez del Jurado se revela como un aspecto intrascendente para la resolución de la *litis*. Aún siendo así, las consideraciones del Tribunal de instancia sobre la menor presunción de objetividad predicable de los Tribunales Regionales de Valoración que no cuentan con las mismas garantías del independencia de los Jurados Provinciales de la LEF antes reproducidas nos parecen del todo atinadas.

B) Momento al que referir la valoración de los bienes en el procedimiento de tasación conjunta

Como hemos recordado en otros números de esta Revista, en las expropiaciones urbanísticas en las que se sigue el procedimiento de tasación conjunta se prevé la exposición pública del proyecto (información pública) seguida de la notificación individual a los titulares de bienes y derechos de la correspondiente hoja de aprecio y la propuesta de criterios de valoración en función de los parámetros fijados en el proyecto. La fase inicial de exposición pública se complementa mediante el anuncio de la expropiación en el BOP y la prensa, siendo éste el momento en que se entiende iniciado el expediente de justiprecio y, por tanto, al que hay que referir la valoración de los bienes, tal y como actualmente establece el artículo 21.2.b del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

Así lo lleva manteniendo también la jurisprudencia (como testimonian, por ejemplo, las SSTS de 15 de junio de 2000 —rec. núm. 761/1996—, de 14 de abril de 2007 —rec. núm. 9122/2003— o de 8 de julio de 2011 —rec. núm. 4392/2007—) deduciendo dicha consecuencia del artículo 136 a) del Reglamento de Gestión Urbanística. En el periodo analizado en esta crónica se han producido una veintena de pronunciamientos del Tribunal Supremo que inciden en este criterio jurisprudencial y que merece la pena reseñar por cuanto inciden en la explicación lógica del citado argumento. Así lo hacen, por ejemplo, las SSTS de **6 de noviembre** (rec. núm. 5531/2010), **de 12 de noviembre** (rec. núm. 5679/2010) o **de 3 de diciembre** (rec. núm. 4701/2010) **de 2013**, que, tras reiterar las consideraciones de la doctrina precedente, sostienen que referir la valoración en el procedimiento de tasación conjunta al momento de la exposición pública del proyecto «*cumple una función similar, por su contenido, al requerimiento efectuado al expropiado en el expediente de justiprecio individualizado, para que formule la correspondiente hoja de aprecio*», momento al que la jurisprudencia y el artículo 21.2.b) del TLS consideran —como se ha dicho— la fecha de referencia de valoración de los bienes y derechos expropiados.

C) Sujeto obligado al pago en supuestos en los que resulta imposible la reversión *in natura*

Las **Sentencias de la Audiencia Nacional de 21 y 28 de noviembre de 2012** (rec. núm. 84/2011 y 77/2011, respectivamente) resuelven los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra sendas Órdenes Ministeriales que fijaban las cuantías de las indemnizaciones sustitutorias de la reversión *in natura* en ejecución de sentencias condenatorias firmes que reconocían dicho derecho.

Las sentencias razonan sobre la clave interpretativa del artículo 66.2 del REF, según el cual, «en los casos en que como consecuencia de una alteración indebida no fuere legalmente posible la reversión, se estará a lo previsto en el artículo 121 de la Ley, apartado 1, sin perjuicio de que se deduzcan las responsabilidades previstas en el mismo precepto»; precepto que, como es sabido, establece el régimen de la responsabilidad por los daños patrimoniales producidos del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En los casos enjuiciados no es objeto de controversia entre las partes ni la procedencia de la reversión ni el criterio indemnizatorio aplicable aplicado como consecuencia de la imposibilidad de que aquélla tenga lugar *in natura*: el 5%, como premio de afección, del

valor de la finca en el momento del ejercicio del derecho de reversión, que es el criterio seguido en estos casos por el Tribunal Supremo (SSTS de 21 de noviembre de 2005 —rec. núm. 6048/2002— y de 14 de junio de 2006 —rec. núm. 7346/2002, o de 22 de mayo de 2007 —rec. núm. 858/2004—, entre otras).

El problema radica, en ambos casos, en determinar a quién corresponde el abono de dicha indemnización: si a la Administración expropiante, a la beneficiaria de la expropiación o a la entidad que la sucedió en la condición de beneficiario de la expropiación forzosa como consecuencia de haberse subrogado en la titularidad del terreno expropiado.

Según el Ministerio demandado, con apoyo en el artículo 5 de la LEF la obligación le incumbe al beneficiario de la expropiación forzosa, lo que se justificaría en el carácter sinalagmático que tiene la relación jurídica derivada de una expropiación forzosa; de modo que quien es beneficiario de las mejoras y de las plusvalías producidas ha de asumir, por reciprocidad, las cargas derivadas del ejercicio del derecho de reversión, sin que pueda cambiar la condición de obligado por el hecho de que haya una imposibilidad de reversión *in natura*. Esta tesis concibe la aludida carga de reciprocidad como una verdadera obligación *propter rem* del beneficiario de la expropiación, de modo que el sucesor del beneficiario, si es el designado al pago, puede repetir contra éste.

Frente a esta tesis, la Audiencia Nacional sostiene que

«No obstante en la enorme razonabilidad los argumentos expuestos por parte de la Administración demandada, sin embargo, no puede negarse, por un lado, que la indemnización a que la que hace referencia el artículo 66.2 del REF es la que corresponde a un procedimiento de responsabilidad patrimonial, precisamente por la remisión de dicho precepto al artículo 121 de la LEF, y así lo ha puesto de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de junio de 2002. Por consiguiente, dicho carácter sinalagmático cede cuando existe responsabilidad derivada de la imposibilidad de dicha reversión, la cual no puede perjudicar al reversionista. Y en segundo lugar, una reiterada doctrina representada por las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2.005, 6 de abril de 2005 (recurso 3548/2001), 12 de febrero de 1996 (recurso 1506/93), 3 de mayo de 1990 (recurso 186/1989), o 12 de junio de 1987 (recurso 367/1986, que recuerdan las de 26 de noviembre y 21 de diciembre de 1979, han fijado doctrina consolidada en la línea de entender responsable a la Administración expropiante en los supuestos en los cuales el beneficiario ha transmitido la titularidad de los terrenos a un tercero, criterio por otro lado igualmente seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en casos análogos al de autos (autos de fecha 27 de mayo o 9 de julio de 2.008, por todos). Así dichas sentencias del Tribunal Supremo exponen como doctrina de la Sala que “la reversión es un derecho ejercitable frente a la Administración expropiante cualquiera que sea el beneficiario o actual titular de los bienes expropiados”».

JUAN ANTONIO CARILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD. RESPONSABILIDAD SANITARIA. EXIGENCIA GENERAL DE UNA DESVIACIÓN DE LA *LEX ARTIS AD HOC* Y ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA PURA.
 3. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA POR LA MAYOR FACILIDAD PROBATORIA DOCUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.
 4. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO. VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta entrega destaca un pronunciamiento sobre responsabilidad puramente objetiva en el ámbito sanitario, con fundamento en un principio de solidaridad social, así como un caso de responsabilidad legislativa por infracción del Derecho Comunitario.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD. RESPONSABILIDAD SANITARIA. EXIGENCIA GENERAL DE UNA DESVIACIÓN DE LA *LEX ARTIS AD HOC* Y ADMISIÓN EXCEPCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA PURA

El período considerado ha sido, como es habitual, fértil en pronunciamientos que enjuician la responsabilidad sanitaria y que se mueven, todos ellos, en la lógica de la exigencia de un elemento de anormalidad (omisión de medios, diagnóstico erróneo, falta de seguimiento, falta de información de los riesgos del tratamiento, etc.). La mayor parte de las sentencias descartan la procedencia de indemnización, en defecto de acreditación de estas muestras de anormalidad en la prestación del servicio. También como es habitual, existen no obstante sentencias minoritarias que, en presencia de dichas muestras, condenan a la Administración a indemnizar. Es el caso de las **SSTS de 10 de julio de 2012, Ar. 8478** (omisión de dar medicación o poner bajo control a una persona que acude a urgencias por episodios reiterados de isquemia, con posterior infarto de miocardio), **de**

24 de julio de 2012, Ar. 10455 (asistencia defectuosa a un parto que provoca un agravamiento de la patología previa del neonato), **24 de julio de 2012, Ar. 9131** (falta de consentimiento informado en una operación consistente en colocar un stent al paciente aquejado de una patología cardíaca, con la actualización posterior del riesgo de trombosis), **de 25 de septiembre de 2012, Ar. 9234** (episiotomía incorrectamente realizada que provoca la ruptura del esfínter anal o del recto), **de 2 de octubre de 2012, Ar. 9270** (falta de información de los riesgos de una operación de rodilla), **de 9 de octubre de 2012, Ar. 9799** (falta de acreditación de la información sobre los riesgos de una intervención quirúrgica para paliar una cifosis congénita), o **de 9 de octubre de 2012, Ar. 9275** (contagio de la hepatitis C por transfusión de sangre cuando ya se habían comercializado los primeros reactivos).

Sin embargo, un caso singular lo aporta la **STS de 9 de octubre de 2012, Ar. 10199**. Se trata de una persona que desarrolla el síndrome Guillain-Barré como consecuencia de haberse sometido a la vacunación antigripal, con resultado de invalidez absoluta.

En primer lugar, el Tribunal Supremo analiza si hubo una omisión del deber de obtener el consentimiento informado. El tribunal de instancia consideró que por tratarse de una reacción tan impredecible o tan remotamente considerable no pudo ofrecerse información sobre ello sustentada en premisas científicas contrastadas. Por ello, argumentó que la Administración sanitaria no vulneró lo que demandaba el derecho de información de un paciente sano que voluntariamente decide someterse a la vacunación antigripal. Y ello por cuanto no puede considerarse que la información adecuada a sus necesidades en orden a la adopción de su libre decisión al respecto comprenda una información ilimitada o infinita, incluso sobre aquello que no es conocido o carece de consenso por la ciencia, como establece la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, además, ha manifestado en múltiples ocasiones que la información no puede ser ilimitada o excesiva, so pena de producir el efecto contrario, atemorizante o inhibitorio. El Tribunal Supremo dio por bueno este razonamiento.

A continuación, se adentró en el tema de la antijuridicidad, en el análisis de si «el recurrente está o no obligado a soportar el daño que padece, como consecuencia de individualizarse en su persona un riesgo altamente infrecuente pero de previsible aparición según el conocimiento de la ciencia, en el ámbito de la programación de una campaña de vacunación antigripal que con periodicidad anual, programa, promueve y favorece la Administración sanitaria en la búsqueda del interés general que beneficie a toda la población». Toma en consideración que se trataba de un hombre que contaba entonces con 37 años de edad, de profesión camarero, que acudió voluntariamente al Centro de Asistencia Primaria para la administración de la vacuna antigripal en el curso de la campaña anual promovida y favorecida por la Administración sanitaria en prevención de su posible extensión a terceros por razón de su trabajo y posterior absentismo laboral, sin que, conforme a las anteriores características de edad y estado de salud, estuviera incluido en ninguno de los grupos en los que su aplicación es sistemática o recomendable por el alto riesgo que presentan ante la enfermedad. Y razona del siguiente modo, reconocimiento la responsabilidad por un principio de solidaridad social:

«Establecido lo anterior, podemos concluir que el daño causado no dimana de la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente

disponibles en el momento; y que, igualmente, se acomodó a la *lex artis* en lo que demandaba el derecho de información del paciente. Ahora bien, es igualmente cierto que la obligación de soportar el daño sufrido no puede imputarse al perjudicado cuando éste no tiene el deber jurídico de soportar el riesgo que objetivamente debe asumir la sociedad en virtud del principio de solidaridad, como sucede en el particular y concreto supuesto que nos ocupa, difícilmente repetible fuera de su excepcionalidad, en el que se ha concretado en el reclamante un riesgo altamente infrecuente, pero de previsible aparición en el amplio ámbito de las campañas generales de vacunación, considerando además, según nos recuerda el informe del doctor Jesús Ángel, que éstas persiguen objetivos no solo particulares, sino también generales de salud pública, para la disminución de la incidencia o erradicación de enfermedades que, como la gripe, puede ser una enfermedad muy grave cuando se extiende de forma genérica a una población numerosa, con complicaciones también muy graves y fuerte absentismo laboral, y que una información excesiva de los riesgos de la vacunación sería un factor disuasorio a la adhesión de la campaña, cuyo éxito requiere de la máxima cobertura de la población por la vacuna; factores estos que justifican que los perjuicios de la programación anual de vacunación, previsibles y conocidos por el estado de la ciencia en el momento de la implantación de esta política de salud pública, sean soportados por toda la sociedad, porque así lo impone el principio de solidaridad y socialización de riesgos, con el fin de lograr un mejor reparto de beneficios y cargas.

En otros términos, fuera en este caso el desorden neurológico del recurrente, o bien la plasmación de un riesgo propio del medicamento o una excepcional reacción autoinmune a la vacuna, lo relevante es que la sentencia tuvo por acreditada la relación causal entre el Síndrome de Guillain-Barré y la previa vacunación, por lo que el supuesto se manifiesta como una carga social que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar de manera individual, sino que ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanen de la programación de las campañas de vacunación dirigidas a toda la población, con las excepciones conocidas, y de modo especial a los distintos grupos de riesgos perfectamente caracterizados, pero de las que se beneficia en su conjunto toda la sociedad».

Y, aplicando el baremo establecido para la valoración del daño corporal en el ámbito de los accidentes de automóviles reconoce, en fin, una indemnización acorde con la solicitada de casi 470.000 euros.

3. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA POR LA MAYOR FACILIDAD PROBATORIA DOCUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

La **STS de 2 de octubre de 2012, Ar. 9776**, juzga una reclamación indemnizatoria por las malformaciones en un neonato no detectadas en las ecografías. La Administración sanitaria alega que eran indetectables, pero el Tribunal Supremo la condena a indemnizar al no haber aportado las ecografías, en aplicación del principio de facilidad probatoria que lleva a una inversión de la carga de la prueba.

4. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR
POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO.
VIOLACIÓN SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA

Como es sabido, el Tribunal de Luxemburgo ha creado a golpe de sentencia un régimen de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario que se basa en la exigencia de la acreditación de una culpa grave, una «violación suficientemente caracterizada», salvo que el Derecho estatal de la responsabilidad exija un parámetro inferior (mera ilegalidad). Este régimen es aplicable cualquiera que sea la autoridad responsable de la infracción, incluido el legislador. Para apreciar el grado de culpa hay que atender, singularmente al margen de apreciación que el tenor de la norma vulnerada podía dejar a los Estados, de tal forma que mientras más reducido sea —en sí o porque haya sido ya objeto de aclaración judicial— menos disculpable será cualquier infracción.

En el caso de la **STS de 2 de octubre de 2012, Ar. 9543**, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró en sentencia de 9 de julio de 2009 la disconformidad con el Derecho de la Unión del artículo 20 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que sometía a tributo la aportación de capital destinado a las actividades mercantiles ejercidas en territorio español por las sucursales o establecimientos permanentes de sociedades establecidas en un Estado miembro que no aplicaban un gravamen análogo. En aplicación de los principios antes señalados, el Tribunal Supremo considera que en este caso nos hallamos ante una violación suficientemente caracterizada que compromete la responsabilidad estatal, ya que la norma vulnerada, la Directiva 69/335, «no era nada oscura o imprecisa, sino, más bien, muy clara y precisa, sin que de ella surgiera, o ella abriera, margen alguno de apreciación para nuestro legislador». Y es que no cabía generalizar con el objetivo de luchar contra casos singulares de fraude una medida de imposición que no era competencia del Estado español si la sede de la dirección efectiva de la sociedad o su domicilio social se encontraban en otro Estado miembro.

En todo caso, debemos añadir que convendría apuntalar el principio comunitario, a menudo olvidado u omitido por el Tribunal Supremo, de equivalencia que, como apuntamos, establece que se aplicará el régimen de responsabilidad interno si es más favorable, teniendo en cuenta que la responsabilidad del legislador en España, como bien conoce el lector asiduo de estas crónicas, no exige culpa alguna más allá de la mera inconstitucionalidad de la Ley (y por ende, transpuesto a los casos que nos ocupan, la mera disconformidad con el Derecho comunitario).

EMILIO GUICHOT REINA
JUSAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. CUESTIONES GENERALES.
 - A) **Reserva de Ley: Estatuto del Personal al Servicio del CNI.**
 - B) **Distribución de competencias: separación del servicio de funcionarios con habilitación de carácter estatal.**
2. ACCESO.
 - A) **Proceso selectivo. Establecimiento de criterios de evaluación de prueba psicológica con carácter ex post a dicha prueba y sin publicidad. Vulneración de las bases de la convocatoria no amparada en la discrecionalidad técnica del órgano de selección.**
 - B) **Declaración de pérdida de derechos derivados de la participación en un proceso selectivo por falta de presentación de la documentación exigida y de elección de destino. Vulneración del derecho de acceso al empleo público en condiciones de mérito y capacidad.**
3. CARRERA ADMINISTRATIVA.
 - A) **Promoción interna.**
 - B) **Concurso: intervención de la Junta de Personal en el procedimiento de remoción.**
 - C) **Libre designación. Consecuencias de la anulación de un nombramiento por libre designación: la confianza inherente a este procedimiento impide que los Tribunales procedan a tales nombramientos, incluso si no existen más concursantes.**
 - D) **Movilidad forzosa: Reasignación de efectivos.**
4. DERECHOS FUNDAMENTALES.
 - A) **Derecho a la libertad sindical. El hecho de que un sindicato no participe en la negociación de un Acuerdo exclusivamente por su propia voluntad excluye la vulneración de este derecho fundamental.**
 - B) **Derecho de huelga. El Director Gerente de un servicio de salud no reviste la nota de autoridad política que el derecho de huelga exige para la fijación de servicios mínimos.**
5. DERECHOS COLECTIVOS.
 - A) **Derecho a la representación legal. La elección de los Delegados de Prevención para la conformación de los Comités de Seguridad y Salud Laboral no puede recaer directamente en los sindicatos.**

- B) Negociación colectiva. El Acuerdo por el que se aprueba un plan de reordenación del sector público no constituye materia susceptible de negociación.**
6. DERECHOS LABORALES.
- A) El permiso de lactancia no es exclusivo de la madre, sino que corresponde como titulares indistintos a ambos progenitores.**
7. RÉGIMEN DISCIPLINARIO.
- A) Sanciones. Suspensión de funciones. Requisitos de ejecución.**
- a) Incorporación del funcionario sancionado a su puesto de trabajo.
 - b) Su ejecución requiere que el funcionario se encuentre en situación de servicio activo. Prescripción de la sanción.
8. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO.
- A) Rehabilitación de la condición de funcionario por silencio administrativo: problemática procesal de su impugnación.**
-

1. CUESTIONES GENERALES

A) Reserva de Ley: Estatuto del Personal al Servicio del CNI

La **SAN, de 20 de marzo de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a, recurso núm. 206/2012) constituye un ejemplo más de la flexibilidad de los Tribunales a la hora de apreciar el requisito de la reserva constitucional de ley para regular el estatuto de los funcionarios. Y lo hace en un caso singular como es el del Centro Nacional de Inteligencia, cuyo Estatuto de Personal fue aprobado por el Real Decreto 1324/1995, de 28 de julio. La cobertura legislativa se la da la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, si bien las previsiones son tan escuetas (artículo 8.1) que la Audiencia reconoce que el mandato del legislador, ciertamente, es amplio, pero su amplitud se justificaría por las funciones y la naturaleza del Centro.

B) Distribución de competencias: separación del servicio de funcionarios con habilitación de carácter estatal

La **STS de 18 de marzo de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, recurso núm. 6002/2011) confirma la STSJ de Cataluña, de 19 de octubre de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, recurso núm. 2473/2008), que anuló el artículo 24.5 del Decreto 195/2008, de 7 de octubre, del Departamento de Gobernación y Administraciones Públicas de la Generalidad de Cataluña, por el que se regulan determinados aspectos del régimen jurídico del personal funcionario con habilitación de carácter estatal de las entidades locales de Cataluña, en la medida en que atribuía al titular de ese Departamento la competencia para separar del servicio, en virtud de expediente disciplinario, a los funcionarios con habilitación de carácter estatal sometidos a dicho Decreto.

Dicho tenor literal era claramente contrario a los artículos 141.1 y 151.a) del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y al artículo 45 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. La argumentación de la Generalidad de Cataluña, en cambio, discurría sobre la inaplicabilidad de esas disposiciones en la medida en que el apartado 6 de la Disposición Adicional Segunda del EBEP solo atribuye competencias al Ministerio de Administraciones Públicas en aquellos supuestos en que el expediente disciplinario cuya resolución implica la destitución o la separación de funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter estatal se haya incoado en una Comunidad Autónoma distinta de aquella en la que se encuentra destinado.

Sin embargo, el Tribunal Supremo señala, de entrada, que ni el artículo 151 a) del TRRL ni el artículo 45 del RD 1174/1987 han sido derogados por el Estatuto Básico del Empleado Público, procediendo a continuación a la interpretación sistemática de todas ellas: «Así, pues, cabe sostener que, para la destitución y la separación del servicio de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, siempre es competente el Ministerio, al igual que para suspenderlo en las circunstancias señaladas por el artículo 151 a) del Real Decreto 781/1096 y que, también, lo es para la imposición de cualquier otra sanción si el expediente se hubiere incoado en Comunidad diferente a la del destino actual del funcionario. Por el contrario, conforme al Estatuto Básico del Empleado Público, no le corresponderá al Ministerio la competencia para imponer cualesquiera otras sanciones a esos funcionarios en razón de expedientes incoados en Cataluña mientras permanezcan destinados en ella, ni tampoco para suspenderlos si la falta se cometió en la misma corporación en que están destinados. Esta solución es coherente con el carácter estatal de los funcionarios concernidos, respecto de los que el mismo Estatuto Básico atribuye al Ministerio de Administraciones Públicas la acreditación de la habilitación estatal que hayan obtenido y su inscripción en el correspondiente registro (disposición adicional segunda, 4) aunque sean las Comunidades Autónomas las competentes para su selección y nombramiento».

2. ACCESO

A) **Proceso selectivo. Establecimiento de criterios de evaluación de prueba psicológica con carácter ex post a dicha prueba y sin publicidad. Vulneración de las bases de la convocatoria no amparada en la discrecionalidad técnica del órgano de selección. Cuerpo de Bomberos**

Para la resolución del caso de autos en el que el recurrente fue declarado no apto en la prueba psicológica, la **STS de 15 de marzo de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso de casación número 1131/2012, toma en consideración las Bases aplicables (6.1.5 y la 6.1.7) de la convocatoria, en cuya virtud:

«Quinta prueba: Evaluación psicológica. Consistirá en la resolución de unas pruebas psicotécnicas orientadas de una parte a evaluar la adecuación de las características de la persona participante, en relación con el ejercicio, las funciones y de las tareas propias de la

categoría de bombero/a y de otra parte a detectar rasgos psicopatológicos o alteraciones de la personalidad que dificulten o imposibiliten el ejercicio de las funciones de bombero/a.

Esta prueba incluirá una entrevista personal a fin de contrastar la adecuación de la persona participante.

La calificación de esta prueba será de apto/a o no apto/a»

Y la Base 6.1.7 dispone:

«La puntuación final de esta fase de oposición quedará determinada por la división entre tres de la puntuación tal resultante de la suma de las calificaciones obtenidas en el segundo ejercicio de la primera prueba, en la segunda prueba y en la tercera prueba».

Siguiendo la doctrina de las SSTs de 15 de diciembre de 2011, recursos de casación números 4928/2010 y 6695/2010, y de la STS de 2 de noviembre de 2012, recurso de casación número 973/2012, parece claro para la Sala que la referida base 6.1.5 adolece de una marcada ambigüedad, pues en su referencia a «unas pruebas psicotécnica, orientadas de un lado a evaluar la adecuación de las características de la persona participante en relación con el ejercicio de las funciones y de las tareas propias de la categoría de bombero/a», falta toda concreción de en qué deben consistir esas pruebas, de las que solo se fija la finalidad a la que se orientan las mismas.

Añade la Sala que en ninguna otra base se atribuye al Tribunal Calificador la función de completar o integrar las bases, ni por tanto la de establecer la estructura de la prueba y los criterios en función de los cuales puede establecerse la adecuación entre las características de la persona y el ejercicio de las funciones y tareas de los bomberos.

Recuerda el Tribunal Supremo que la fijación de esos criterios es expresiva de las actividades preparatorias o instrumentales que rodean al estricto juicio técnico; de modo que, no se trata de una actividad reconducible a la discrecionalidad técnica, sino a sus aledaños. Pero aun aceptando a efectos dialécticos que el Tribunal Calificador pudiera asumir la función de definir los criterios que vaya a aplicar, y que los criterios así definidos pudieran reconducirse al ámbito de la discrecionalidad técnica, lo que no ofrece duda, es que el hecho de tal definición debiera tener lugar en todo caso *ex ante* de las pruebas, y no *ex post*.

B) Declaración de pérdida de derechos derivados de la participación en un proceso selectivo por falta de presentación de la documentación exigida y de elección de destino. Vulneración del derecho de acceso al empleo público en condiciones de mérito y capacidad

La Dirección General de Personal del Servicio Andaluz de Salud dictó una segunda Resolución por la que se modificó la relación inicial de los aprobados, incluyendo a aspirantes que no habían superado inicialmente el proceso; entre los que se encontraba Doña Sonsoles. En dicha resolución se acordaba la concesión de un plazo previsto en las Bases del proceso selectivo para que los aspirantes incluidos en dicha lista presentaran la documentación exigida y solicitaran destino. El plazo anteriormente indicado transcurrió para

la actora sin que, según refiere en su recurso, hubiera llegado a tener conocimiento de la nueva resolución, que no le fue notificada personalmente.

En una Resolución posterior la Dirección General de Personal del Servicio Andaluz de Salud acordó, de conformidad con lo establecido en la Base 11.3 de la convocatoria, «la pérdida de los derechos derivados de su participación en el proceso selectivo de los aspirantes que no han acreditado en plazo reunir los requisitos exigidos en la convocatoria y que figuran relacionados en el Anexo I», entre los que se encontraba la recurrente

A la vista de los hechos mencionados, la actora centró su queja en el hecho de que no le había sido notificada personalmente su condición de aprobada en el proceso como consecuencia de la alteración de las bases del concurso y de haber sido incluida en una segunda resolución que modificaba la inicial de aprobados, no habiendo podido llegar a tener conocimiento de ello y no haber podido por tanto, cumplir los requisitos de aportación de documentación y solicitud de destino en el plazo que le había sido concedido.

La Sala de instancia apreció en la actuación administrativa referida una flagrante vulneración del derecho fundamental del artículo 23.2 CE, por lo que dictó una sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo presentado por la actora, para con revocación del acto administrativo impugnado, acordar que por la Administración se repongan las actuaciones para incluir a la recurrente en el Apartado Primero de la resolución objeto de la litis, conforme a los puntos obtenidos y los destinos solicitados.

Recurrida en casación por la Administración la Sentencia referida, la **STS de 8 de marzo de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso de casación número 4353/2011, estima que si bien la Administración actuó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59.6, letra b), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, procediendo a publicar en el tablón de anuncios, tal como indicaban las Bases, las listas de los nuevos aspirantes aprobados, «(...) sin embargo, la recurrente, que estaba entre los que accedían a dichas listas, pero que no había interpuesto recurso de reposición, aceptando las primeras listas que le excluían del proceso selectivo, no tenía ya, a partir de ese momento, la necesidad de consultar el tablón de anuncios, puesto que había sido apartado y lo había consentido, del proceso selectivo. En consecuencia, el acto favorable del que había sido beneficiado, al repescarle para las listas de aprobados, debió notificársele personalmente, y al no haberlo hecho así, el interesado se dio por notificado cuando tuvo conocimiento de dicha circunstancia. Por ello, no discutiéndose el derecho del interesado a acceder como aprobado al proceso selectivo en que participó, la falta de notificación que la sentencia acoge supone una vulneración de la ley que incide en el derecho fundamental amparado por la sentencia».

3. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Promoción interna

La **STSJ de Castilla y León, de 5 de abril de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, recurso núm. 6/2013) resuelve varias cuestiones de gran interés en relación con una convocatoria de promoción interna en la Diputación Provincial de Burgos.

a) *Período mínimo de permanencia en el Subgrupo o Grupo inferior.* La convocatoria de promoción interna en cuestión establecía como requisito para poder participar «pertenecer al Grupo o subgrupo que se señale en el correspondiente Anexo, con una antigüedad mínima de dos años en el mismo, salvo para el acceso desde el Subgrupo C1 al Grupo A, en que se exigirá al menos cinco años de servicios en dicho Subgrupo». Dos serán los aspectos cuestionados: la posibilidad de que la Administración cifre el período mínimo de permanencia en el Subgrupo o Grupo inferior en cinco años y su eventual constitucionalidad por vulnerar el derecho a la igualdad. En relación con la primera, el artículo 18.2 del EBEP establece que, para su promoción, los funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga Subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas. Aunque la Sentencia considera que el artículo 18 aún no está en vigor por cuanto no se han dictado las leyes que desarrollen sus previsiones, lo cierto es que contempla un límite mínimo de 2 años para poder promocionar de un Subgrupo o Grupo a otro superior, por lo que no cabe deducir la consecuencia de que pueda promocionarse de un Grupo o Subgrupo a otro de superior categoría sin que sea exigible un periodo mínimo de tiempo en el Grupo o Subgrupo desde el que se pretende promocionar. Así lo prevén, además, el artículo 76 del RD 354/1995 y el 22.2 de la Ley 30/1984. Ahora bien, los dos años previstos en la normativa constituyen un periodo de tiempo mínimo y, por eso, no impide que la Administración pueda establecer un periodo de tiempo superior, tal y como ha hecho al redactar las bases de la convocatoria. Tampoco desde la perspectiva constitucional del derecho a la igualdad del artículo 23.2 aprecia tacha alguna la Sentencia al establecer la Administración el período mínimo de 5 años, pues tal lapso para poder promocionar desde el Subgrupo C1 hasta el Grupo A tiene su razón de ser en que es una promoción para la que no se exige pasar por ningún grupo intermedio (el B) lo que en cierta medida puede considerarse como un «privilegio» que tiene como contrapartida la exigencia de un mayor número de años en el Grupo o Subgrupo de procedencia (C1). A mayor abundamiento, ese período temporal no es desconocida para el ordenamiento jurídico ya que también se exigen 5 años cuando se quiere promocionar a la Subescala Técnica desde puestos de Administrativo, según la previsión del artículo 169.2 a) del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local.

b) *Bases y relación de puestos de trabajo.* La Sentencia reafirma un principio fundamental de los procedimientos selectivos y de provisión de puestos: «las bases de una convocatoria no constituyen un acto de aplicación de la Relación de Puestos de Trabajo por más que deba existir una coherencia entre este instrumento y las bases que han de regir los procesos para cubrir esos puestos ordenados en la Relación».

c) *Es contrario a derecho que los procesos de promoción interna solo puedan tener lugar dentro de la misma escala.* En la medida en que en el ámbito de la enfermería solo hay dos categorías posibles, que son el Diplomado Universitario de Enfermería (Subgrupo A2) y Técnico de Grado Medio en cuidados auxiliares de enfermería (Subgrupo C1), se sostenía que si a los auxiliares de enfermería (Subgrupo C2) no se les permite participar en un proceso de promoción interna por exigirse ser funcionario del Subgrupo C1 ó A2 es evidente que se priva a estos profesionales de la posibilidad de promocionar, pues no hay plazas intermedias de su misma carrera, especialidad o profesión. Sin embargo, para las Sentencia (que recuerda otra de la misma Sala de 6 de julio de 2009) no se puede admitir como correcto que

el Subgrupo inmediatamente superior al de los auxiliares de enfermería (Subgrupo C2) sea el A2 por el hecho de que no haya un Subgrupo intermedio «dentro de la rama sanitaria», ya que lo que hay que tener en cuenta no es esa rama, sino la existencia real de un Subgrupo C1, con independencia de la escala o subescala, que es el inmediato inferior al A2.

d) *Paridad en la composición de hombres y mujeres: la norma no se aplicaría en caso de infrarrepresentación masculina.* El artículo 60.1 del EEBP, al señalar que los órganos de selección tenderán a la paridad entre mujer y hombre, contendría un mandato dirigido a las Administraciones Públicas en cuanto a la composición de los Tribunales en el sentido de que debe tenderse a una paridad entre hombres y mujeres, excluyendo que solo sean hombres los miembros del Tribunal. Dos son las consecuencias que extrae el Tribunal de la interpretación de este precepto. La primera, que el EEBP obligaría, a que, en la medida de lo posible, en la composición del Tribunal, se respete esa paridad, sin que deba interpretarse en el sentido de que si no se logra, la composición del mismo sea, sin más, contraria a derecho. La segunda, que esa exigencia debe ponerse en relación al contexto social en el que se dicta la norma, de manera que el precepto, en realidad, lo que hace es garantizar que las mujeres, en condiciones de igualdad con los hombres, entren a formar parte de los Tribunales Calificadores, de modo tal que si ello no es posible y en la medida en que la norma obliga a la Administración a que esa exigencia se respete, se motiven las concretas circunstancias que concurran y que justifiquen una composición del Tribunal que no sea paritaria, esto es, donde no haya mujeres. Sin embargo, tal no era el caso en cuestión, pues lo que se denunciaba no es que no hubiera mujeres en el Tribunal, que es la razón del precepto, sino que no hubiera hombres, ya que solo hay uno frente a cuatro mujeres, por lo que no puede accederse a la anulación que se pretende, ya que se invoca una norma pensada para un supuesto distinto y dictada con una finalidad bien diversa. Por lo tanto, a juicio del Tribunal, «el artículo 60.1 permite anular la composición de un Tribunal cuando en la misma se aprecie que no se ha respetado la exigencia de una participación paritaria de mujeres, pero no permite anular la composición de un Tribunal cuando haya más mujeres que hombres porque el precepto obliga a lo primero, pero no a lo segundo».

e) Finalmente, la Sentencia distingue la provisión de puestos de la promoción interna a efectos de soslayar el Acuerdo Regulador de aplicación al personal funcionario de la Diputación Provincial de Burgos (publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de 1 de septiembre de 2008), según el cual los puestos vacantes serán ofertados previamente para su provisión por concurso ordinario de traslados. Como señala la Sentencia, «no estamos ante un procedimiento de provisión de puestos vacantes, sino que estamos ante un proceso de promoción para la provisión de plazas, no existiendo ninguna norma que obligue a la Administración sacar un concurso de traslados antes de aprobar un proceso de promoción», si bien la Sala reconoce, un tanto confusamente, que las personas que hayan promocionado obtendrán determinados puestos (los correspondientes a la promoción obtenida), pudiendo en tal caso contravenir el Acuerdo citado.

B) Concurso: intervención de la Junta de Personal en el procedimiento de remoción

El procedimiento de remoción de puestos obtenidos por concurso exige que sea «oída la Junta de Personal correspondiente» [artículo 20.1.e) Ley 30/1984]. La **SAN de 13**

de marzo de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, recurso núm. 222/2012) tuvo que analizar si el plazo de duración del procedimiento de remoción se interrumpe durante la intervención de la citada Junta de Personal, conforme al artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, que prevé que los informes capaces de interrumpir el plazo de resolución son los preceptivos y determinantes que se recaban a órgano de la misma o distinta Administración. La Sala parte de la naturaleza de la Junta de Personal, a la que caracteriza como órgano de representación funcional, en el que no se integran representantes de la Administración (artículo 39.1 y 6 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público) y que tampoco se inserta en la relación de órganos de la Administración del Estado, por lo que se trata de no un órgano de la Administración ni de otra Administración, sino de relación o interlocución de los empleados públicos con la Administración. Por tanto, al carecer de carácter orgánico la Junta de Personal no puede considerarse que su intervención interrumpa el plazo de resolución, argumento que se refuerza porque su intervención tampoco es «determinante» del contenido de la resolución, pues la Junta es simplemente «oída», esto es, se le pone de manifiesto la propuesta de resolución, luego a los efectos que ahora interesan el adjetivo «determinante» predicado del informe no equivale a esencial o previo a la resolución, pues de ser así se confundiría «determinante» con preceptivo y que es preceptivo no se cuestiona; es más, no es «determinante» desde el momento en que puede resolverse sin que la Junta haya emitido su parecer (cf. artículo 50.4 del Reglamento de Provisión).

C) Libre designación. Consecuencias de la anulación de un nombramiento por libre designación: la confianza inherente a este procedimiento impide que los Tribunales procedan a tales nombramientos, incluso si no existen más concursantes

La **SAN de 20 de marzo de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, recurso 199/2012) resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 5, de 20 de diciembre de 2011, que, por un lado, anuló la resolución de la convocatoria de libre designación para cubrir un puesto de la Consejería del Ministerio de Trabajo e Inmigración en Perú (Lima), por no cumplir el candidato nombrado los requisitos establecidos en el Real Decreto 904/2003, de 11 de julio, por el que se regula la Administración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en el exterior y, por otro, falla que «la Administración deberá resolver la convocatoria ... a favor del único candidato que reúne los requisitos para cubrir el puesto». La Sala revoca la Sentencia de instancia recordando que «así como en un concurso de méritos cabe la posibilidad de que el órgano judicial, si obran en su poder todos los elementos de juicio, pueda acordar la adjudicación directa de la plaza, en un nombramiento de confianza, como es el de autos, no puede adoptar la misma decisión aunque no existan más concursantes, ya que cabe la opción de que se declare desierto el concurso, de modo que la respuesta del órgano judicial ha de limitarse a anular la Orden impugnada y retrotraer las actuaciones para que la Administración pueda ejercer su potestad mediante el dictado del acto discrecional, en el que será esencial la motivación, a los efectos de la posible impugnación en sede judicial».

D) Movilidad forzosa: Reasignación de efectivos

Por resolución del Director General de la Policía y de la Guardia Civil se acuerda el cese de un policía de su puesto como personal operativo en la Comisaría Local de Úbeda y se le nombra como Personal ODAC (Oficina de denuncias y atención al ciudadano) en la misma Comisaría, motivando dicho cambio de puesto de trabajo en la redistribución de personal por refuerzo de servicios prioritarios. **La STSJ de Madrid, de 5 de marzo de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, recurso núm. 611/2011), aclara, de entrada, que ni existe remoción del funcionario ni, por ello, se requiere el expediente contradictorio, pues el policía afectado ocupaba un puesto de trabajo no singularizado correspondiente a su categoría profesional, de los existentes en la Comisaría Local de Úbeda, es decir, un puesto de trabajo de los que se cubren por concurso de méritos, y en los que se considera a cada plantilla o localidad como destino. A partir de aquí, la Sentencia ampara en la potestad autoorganizativa de las Administraciones Públicas, que atribuye a éstas la facultad de organizar los servicios en la forma que estimen más conveniente para su mayor eficacia, la posibilidad de que el funcionario pueda verse afectado por un procedimiento de reasignación, máxime teniendo en cuenta que no se integra en el elenco de los derechos adquiridos por los funcionarios públicos el de la inalterabilidad de todos y cualesquiera de los múltiples aspectos que conforman la relación funcionarial en un momento dado, no comprendiéndose entre ellos, en cuanto opuesto al fin para el que se otorga aquella potestad de autoorganización, el mantenimiento inalterable de las unidades administrativas en algún momento diseñadas, su organización, o su integración en el seno de la Administración.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES**A) Libertad sindical. El hecho de que un sindicato no participe en la negociación de un Acuerdo exclusivamente por su propia voluntad excluye la vulneración de este derecho fundamental**

La **SAN de 22 de febrero de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, ha desestimado el recurso interpuesto por el sindicato ELA contra la Resolución del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 12 de noviembre de 2012 por la que se aprueba y publica el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación colectiva. Se alega la vulneración de su derecho a la libertad sindical, en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, en cuanto que no se ha negociado con el Sindicato recurrente, así como la vulneración del mismo derecho fundamental, en su vertiente de derecho a la igualdad de trato, en cuanto el Acuerdo circunscribe su aplicación a los sindicatos que lo firmen o se adhieran al mismo.

Pues bien, en cuanto a la supuesta falta de negociación del Acuerdo con el sindicato recurrente, si ELA no participó en la negociación del Acuerdo debatido fue exclusivamente por su propia voluntad lo que excluye la vulneración del derecho fundamental que se invoca. Lo anterior se aplica, en primer lugar, a la decisión de ELA de no ratificar el Acuerdo en las Mesas Generales en las que estaba presente. Debe entenderse existente un

verdadero proceso de negociación cuando el mismo se desarrolla con las organizaciones sindicales legitimadas para estar presentes en la Mesa General de Negociación, y además, esta Mesa General está debidamente constituida, es debidamente convocada y procede, ejerciendo la competencia que le atribuye la propia norma, a ratificar el Acuerdo negociado en su seno. ELA no solo decidió libremente no ratificar el Acuerdo impugnado en las Mesas de Negociación; además tuvo conocimiento de los contactos anteriores y decidió, también libremente, no participar en ellos. En definitiva, ELA pudo participar en todas las reuniones que hubo, incluso objetar en las actas, lo que hubiera tenido por conveniente y lo que hizo fue sencillamente optar por estar ausente. Como recuerda la Sala, la exigencia de negociación no implica necesariamente el deber de llegar a un acuerdo (STS de 23 de mayo de 2011).

Por otra parte, tampoco es contrario al derecho de libertad sindical por discriminatorio un Acuerdo que regula y atribuye recursos para que los representantes sindicales puedan ejercer sus funciones de representación, negociación y participación en cuanto que admite su firma por todas las organizaciones sindicales representativas, siendo el sindicato recurrente el que ha optado por no adherirse al Acuerdo, por lo que no cabe atribuir discriminación alguna al Acuerdo suscrito entre la Administración y el resto de los sindicatos ya mencionados.

El Acuerdo impugnado plasma las coincidencias o puntos de acuerdo a los que han llegado la Administración y los Sindicatos firmantes sobre una serie de objetivos cuyo resultado redunde en beneficio de los empleados públicos y de los afiliados a los Sindicatos, en cuanto la finalidad del Acuerdo es «determinar los recursos en materia de dispensa de trabajo y créditos horarios correspondientes a las organizaciones sindicales a efectos de que sus representantes puedan desarrollar el ejercicio de sus funciones de representación, negociación y adecuado desarrollo de los demás derechos sindicales», y el Acuerdo permite firmar el mismo a cualquiera de las organizaciones sindicales presentes en las distintas Mesas de Negociación previstas en el EBEP o su adhesión para beneficiarse así de los recursos sindicales, dispensas de asistencia al trabajo o créditos horarios, beneficios a los que puede acogerse quien no ha suscrito el mismo, mediante su adhesión. En conclusión, la exigencia del requisito de adhesión al Acuerdo no vulnera la libertad sindical.

B) Derecho de huelga. El Director Gerente de un servicio de salud no reviste la nota de autoridad política que el derecho de huelga exige para la fijación de servicios mínimos

La **STC 58/2013, de 11 de marzo**, de la Sala Segunda, se ha pronunciado sobre un Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Murcia por el que se acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 7.2 1) de la Ley de la Asamblea de la Región de Murcia 5/2001, de 5 de diciembre, de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud, en la medida en que atribuía al Director Gerente del citado Servicio la potestad de «aprobar las medidas que garanticen los servicios mínimos en los casos de huelga en los centros dependientes del Servicio Murciano de Salud». Dicho precepto podría vulnerar el artículo 28.2 CE, porque no tendría la cualidad de «autoridad gubernativa» que exige el artículo 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo.

La Sala ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad al considerar que dicha atribución resulta extraña con relación al resto de las funciones encomendadas al Director Gerente que atañen a la dirección y gestión del Servicio. Por afectar al ejercicio de los derechos fundamentales, requiere que los adopte un órgano que se halle en una posición *supra partes* y que, además se encuentre revestido de autoridad política (por todas, SSTC 26/1981, de 17 de julio, FJ 11; 53/1986, de 5 de mayo, FJ 5; 27/1989, de 3 de febrero, FJ 3; 296/2006, de 11 de octubre, FJ 2; 310/2006, de 23 de octubre, FJ 4; y 36/2007, de 12 de febrero, FJ 2). Sin embargo, no concurren en la figura examinada al ser un órgano de gestión y administración de la entidad empleadora afectada por la huelga, en el que, por consiguiente, no concurren los requisitos de neutralidad e imparcialidad precisos para poder apreciar todos los aspectos sociales del conflicto.

Todo lo anterior nos conduce a considerar que el precepto autonómico cuestionado es claramente incompatible con el artículo 28.2 CE, al atribuir la fijación de los servicios mínimos en caso de huelga a un órgano que no tiene la cualidad de autoridad gubernativa, por lo que se ha de declarar su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad.

5. DERECHOS COLECTIVOS

A) **Derecho a la representación legal. La elección de los Delegados de Prevención para la conformación de los Comités de Seguridad y Salud Laboral no puede recaer directamente en los sindicatos**

La STS de 3 de abril de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, ha analizado el Pacto suscrito entre la Administración castellano-manchega y las organizaciones sindicales sobre los derechos de participación en materia de salud laboral. Ha desestimado el recurso de casación impuesto por la Administración y ha confirmado la sentencia de instancia por vulneración de la Ley 31/1995, de 8 noviembre, en lo relativo a los delegados de prevención del ámbito del personal laboral y en cuanto a las posibilidades de intervención de dichos delegados en los Comités de Seguridad y Salud.

El Sindicato recurrente, que ostentaba una representación de más del 10% de los representantes legales en el ámbito correspondiente, había alegado que el Pacto impugnado establecía una serie de reglas que le impedían ejercer los derechos de negociación, participación y representación, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Para ello, la Sala analiza los artículos 34 y 35 de la Ley de Riesgos Laborales que, aunque atribuye importantes potestades organizatorias, limita la posibilidad de que la Administración para su ámbito disponga otra forma de selección de los delegados de prevención, al personal funcionario y estatutario, pero no al laboral, que se regirá por su normativa propia laboral. Según dichos preceptos, queda claro que aun cuando los Convenios Colectivos puedan establecer otros sistemas de designación de los delegados de prevención, ello será siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal.

En el Pacto, sin embargo, se había estipulado que la elección de los Delegados de Prevención se haría no por los representantes de los trabajadores ni entre ellos, ni por los trabajadores, sino por «las Organizaciones Sindicales», y que «podría recaer tanto en

quienes ostenten la condición de Representante Legal como entre los que no la ostenten» (punto 1.º del Capítulo II de Título I). Según el TS, esta norma contradice frontalmente el artículo 35 de la Ley 31/1995 y vulnera el derecho que el sindicato demandante tiene, a través de los representantes de personal que obtuvo en el ámbito laboral, a intervenir en la elección de los Delegados de Prevención de acuerdo con dicho precepto.

En cuanto a los Comités de Seguridad y Salud Laboral, el Pacto permitía que sus miembros pudieran también ser elegidos por los sindicatos. Sin embargo, la Ley 31/1995 dice claramente que el Comité de Seguridad y Salud «estará formado por los Delegados de Prevención». Luego no se puede impedir a los Delegados de Prevención del personal laboral, designados por y entre los representantes de dicho personal laboral, y por tanto con la intervención de los representantes de personal del sindicato recurrente, participar en los Comités de Seguridad y Salud; cosa que se impide con la actual regulación. Esto, según el TS, no dice nada en contra de que los Comités de Seguridad y Salud Laboral puedan ser conjuntos para el personal funcionario y el laboral; simplemente quiere decir que no se puede impedir que en ellos participen los Delegados de Prevención del personal laboral.

Aunque en relación con el personal funcionario y estatutario la Administración tiene unas facultades de configuración de la participación y representación en salud laboral especiales y superiores a las que tiene en relación con el personal laboral, las mismas no llegan tan lejos como para impedir la aplicación de ciertos principios que han sido conculcados en el Pacto impugnado. Los Delegados de Prevención en todo caso deben ser elegidos por los representantes de personal o por los propios trabajadores, lo que no se cumple en el Pacto. No pueden ser designados por los sindicatos con una determinada representación, en lugar de que tales representantes sean, sencilla y directamente, los propios Delegados de Prevención elegidos en el ámbito correspondiente. De este modo, «el Acuerdo es también ilegal en este punto, y hurta a los representantes de personal que el sindicato recurrente, u otros distintos de los determinados en el Acuerdo, puedan tener en el ámbito funcional, de la posibilidad de intervenir en la designación de Delegados de Prevención y, a través de éstos, en su caso, participar en los Comités de Seguridad y Salud Laboral».

B) Negociación colectiva. El Acuerdo por el que se aprueba un plan de reordenación del sector público no constituye materia susceptible de negociación

La STS de 18 marzo 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, ha desestimado el recurso presentado por el sindicato CSIF solicitando la anulación de la sentencia de instancia que había desestimado su pretensión de anular el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía que aprobó el Plan de Reordenación del Sector Público por entender que vulneraba los artículos 28 y 37, 14 y 23.2 de la Constitución y el Capítulo IV del EBEP, habida cuenta de que, a su entender, afectaba directa y sustancialmente a las condiciones de trabajo de los empleados públicos y no había sido objeto de negociación.

Ese Plan enuncia tres líneas de actuación futura: (a) la reducción del número de entidades instrumentales a cuyo fin relaciona las que se verán afectadas mediante absorción, extinción o transformación; (b) la simplificación de las estructuras periféricas mediante la concentración de sedes en un único edificio en los municipios en que haya varias; y (c) la

mejora del conocimiento y la gobernanza para lo que se remite directamente a un Decreto para que establezca los instrumentos necesarios para ello.

La STS desestima el recurso y confirma la sentencia al llegar a la conclusión de que no procedía someterlo a negociación previa porque, dado su contenido, no afecta a las condiciones de trabajo. La sentencia lo dice claramente: nada dispone sobre ellas el acuerdo y solamente las actuaciones que en el futuro se lleven a cabo podrán, en su caso, afectarlas. Así, es. El acuerdo, en cuanto se limita a aprobar el Plan de Reordenación del Sector Público y este propio Plan que incluye en anexo no entra en esas condiciones de trabajo, ni tampoco incluye medida concreta alguna que incida en el derecho reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución. Las consecuencias que la ejecución de ese Plan pueda comportar para las condiciones de trabajo y para los derechos que invoca CSI-F dependerán de la manera en que se lleve a término pero no del propio Plan ni del acuerdo. Por tanto, ni había obligación de negociarlo ni se ha vulnerado el derecho que trae causa del artículo 37 de la Constitución y se añade al reconocido por su artículo 28.1.

6. DERECHOS LABORALES

A) **El permiso de lactancia no es exclusivo de la madre, sino que corresponde como titulares indistintos a ambos progenitores**

La **Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 11, de 4 de abril de 2013**, ha interpretado el artículo 48.1.f) del EBEP frente a la interpretación restrictiva realizada por la Administración y ha considerado que dicho precepto puede ser ejercitado por los dos progenitores hasta el cumplimiento del plazo máximo del permiso.

En este caso, a la esposa del funcionario recurrente, perteneciente a la carrera judicial, le fue concedido un permiso por lactancia, con una duración de cinco semanas de las ocho posibles, pues aquella había renunciado a las tres restantes a favor de su esposo. Pues bien, el Juzgado estima el recurso contencioso-administrativo al considerar que dicho permiso de lactancia es susceptible de ser disfrutado previa solicitud y cesión, en su caso, por parte de la madre, durante los doce meses en que se prevé la lactancia del menor, tanto en el EBEP como en el artículo 243.a) del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial. Asimismo, en línea con esta misma sentencia y con la sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de enero de 2012, señala la sentencia que frente al artículo 49.a) del EBEP, que establece la incompatibilidad de la concesión de determinados derechos a los dos progenitores cuando ambos trabajan (en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar porque el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso anterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre), parece claro que al no haberlo dispuesto así el legislador en el apartado primero letra f) del artículo 48 es porque ha querido concebirlo como derecho de cada uno de los progenitores, indistinta y conjuntamente. En efecto, el tenor literal de la norma y la interpretación sistemática del precepto permite llegar a la conclusión de que nos encontramos ante un derecho que no es exclusivo de la madre, de manera que sea ésta la única titular y que, como tal, puede cederlo, sino que el derecho corresponde como titulares indistintos a ambos progenitores.

Recuerda la sentencia que el fin de este permiso no es otro que el de facilitar claramente la conciliación de la vida familiar con un trato más igual entre los dos progenitores, con independencia del régimen jurídico a que esté sujeto su ejercicio profesional. Igualmente, la referida sentencia cita la propia Resolución de 15 de noviembre de 2002 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, ordenando la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002 aprobatorio del acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004, indicando, en punto al permiso de lactancia, que el derecho «podrá ser ejercido indistintamente por el padre, siempre que demuestre que no es utilizado por la madre a un mismo tiempo».

7. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

A) Sanciones. Suspensión de funciones. Requisitos de ejecución

a) *Incorporación del funcionario sancionado a su puesto de trabajo*

En el supuesto enjuiciado por la **STSJ de La Rioja de 14 de febrero de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Recurso de apelación 169/2012, la Sala de instancia estimó el recurso del funcionario recurrente apreciando que la ausencia de notificación por la Administración de la resolución de concesión de licencia por enfermedad al actor podía determinar la ausencia del ahora apelado de su puesto de trabajo y, por ello, no podía ejecutarse la sanción de suspensión de funciones que le había sido previamente impuesta.

Sin embargo, interpuesto recurso de apelación por la Administración, la STSJ de la Rioja sostiene que para que pueda procederse a la ejecución de la sanción de suspensión de funciones basta con la firmeza de la resolución sancionadora, la reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo y la notificación de la resolución por la que se procede a dar cumplimiento a la sanción con la indicación de la fecha en la que debe hacerse efectiva. Y, en este sentido, añade la Sala de La Rioja que «(...) de lo actuado en el expediente administrativo y en los autos, no resulta acreditado que se haya dictado alguna resolución que justifique que el actor no deba incorporarse a su puesto de trabajo a partir del día 7 de abril de 2010; ello, sin perjuicio de lo que se precisará respecto de la reducción de haberes. Como señala acertadamente la sentencia apelada, con independencia de que exista un parte médico de baja, desde un punto de vista normativo, lo que legitima a un funcionario para no acudir a su puesto de trabajo en caso de enfermedad es la concesión de la correspondiente licencia por el órgano competente, lo que no resulta que haya sucedido a partir de la resolución de concesión de licencia por enfermedad del 7 de marzo de 2010 al 6 de abril de 2010.

En consecuencia, en ausencia de resolución que justifique la ausencia del actor del puesto de trabajo, nada obsta a que este deba reincorporarse al mismo y se disponga la ejecución de la sanción pendiente de ejecución».

b) *Su ejecución requiere que el funcionario se encuentre en situación de servicio activo. Prescripción de la sanción*

La **STSJ de Extremadura de 15 de febrero de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso número 195/2011, enjuicia el supuesto de tres sanciones

de suspensión de funciones impuestas por la comisión de sendas faltas graves en relación con los hechos cometidos por una funcionaria del Consejo Consultivo de Extremadura, antes de pasar a la situación de servicios especiales en un Ayuntamiento, en condición de personal eventual.

Una vez firme la sanción y notificada la correspondiente resolución sancionadora en noviembre de 2008, la funcionaria sancionada pidió al Consejo Consultivo que le diese instrucciones relativas a la ejecución de la misma y, en especial, que le aclarase si, para el cumplimiento de la misma debía volver al servicio activo en el Consejo Consultivo o podía seguir como personal eventual en el Ayuntamiento en el que se encontraba.

Por su parte, el Consejo Consultivo dirigió diversos escritos y requerimientos al Ayuntamiento y a la funcionaria, solicitando reiteradamente aclaraciones sobre la situación de esta última, si bien, hasta el 19 de enero de 2011 no dictó resolución acordando la situación de suspensión de funciones de la funcionaria; es decir, una vez transcurrido ya el plazo de dos años de prescripción previsto por el EBEP para las sanciones graves.

Pues bien, pese a los diversos escritos y requerimientos efectuados por el Consejo Consultivo con la pretendida voluntad de ejecutar las sanciones y de eludir los efectos de la prescripción, la Sala de Extremadura entiende producida la prescripción, señalando que si la Administración entendía que para cumplir la sanción la funcionaria debía estar en activo en el Consejo, lo debió de indicar al principio, cuando expresamente se le había requerido. En definitiva, según la STSJ de Extremadura de 15 de febrero de 2013, la Administración debió de dar instrucciones de cumplimiento a la interesada y ejecutar inmediatamente la sanción, no solo porque ello se deduzca de la propia autotutela de la Administración, sino porque también así deriva de los principios que rigen el Derecho Administración sancionador.

8. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO

A) **Rehabilitación de la condición de funcionario por silencio administrativo: problemática procesal de su impugnación**

Aunque la normativa básica general establece que en los procedimientos de rehabilitación iniciados por solicitud del interesado en los que no recaer resolución expresa deberá entenderse desestimada por silencio (artículo 68.2 EBEP), lo cierto es que la normativa sectorial de determinados colectivos establece la regla contraria de la estimación por acto presunto, lo cual plantea varios problemas procesales que es necesario analizar cuando la Administración pretende anular esa rehabilitación por silencio.

Entre los colectivos que recogen el sentido positivo del silencio en caso de solicitud de rehabilitación se encuentra el Cuerpo de Secretarios Judiciales. Así lo recoge en la actualidad el artículo 60.2 del Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, continuando con lo ya previsto en el artículo 60 del anterior Reglamento Orgánico (Real Decreto 429/1988, de 29 de abril de 1988), fundamento jurídico de la controversia resuelta por la **STS de 13 de marzo de 2013** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, recurso núm. 4737/2011). Esta Sentencia resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Senten-

cia de la Audiencia Nacional, de 30 de junio de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, recurso núm. 227/2010), que desestimó el recurso interpuesto por la Administración del Estado contra la rehabilitación obtenida por el funcionario en cuestión mediante silencio administrativo y previa declaración de lesividad de la misma. Argumentaba la Administración, por un lado, que no se había procedido a una expresa valoración de las circunstancias reguladas en el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales para conceder la rehabilitación y, por otro, que la rehabilitación era lesiva para los intereses públicos porque los hechos castigados exteriorizaban una especial gravedad y trascendencia para el servicio y una infracción de los más elementales deberes de lealtad y probidad, tal y como avalaban el informe negativo a la rehabilitación del Consejo General del Poder Judicial.

Pues bien, a pesar de que la Sentencia de la Audiencia Nacional consideró que, aunque concurrían circunstancias que hubieran descartado la rehabilitación y permitían considerarla lesiva para el interés público, ello no bastaba para su anulación porque para ello era necesario que el acto recurrido incurriera en cualquier infracción del ordenamiento jurídico: «Efectivamente, en el caso del recurrente la Administración no efectuó la ponderación que prevé el artículo 59 del ROSJ, pero ello se debió a su propia dejación pues la no realización de tal ponderación dentro de plazo legal es imputable exclusivamente al obligado a hacerla, a la Administración (al parecer extravió el expediente), y sin olvidar que la propia ley (artículo 60.2 del ROSJ y artículo 43 de LRJ-PAC) anuda a esta inactividad un efecto favorable positivo para el administrado en un procedimiento iniciado a su instancia. Por tanto, en un caso como el presente, no puede avalarse que el acto administrativo recurrido sea anulable por no haber hecho la Administración lo que debió hacer en su plazo debido, lo contrario supondría vaciar de contenido el sentido positivo entendiendo que en todos los casos que el mismo se produzca ya concurriría una infracción del ordenamiento jurídico. El carácter imperativo del silencio positivo es tal que el mismo se produce por el mero vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa «excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario» (artículo 43.1 de la LRJ-PAC).

Sin embargo, el Tribunal Supremo sí va a aceptar que la pasividad administrativa a la que una norma jurídica otorga efectos de silencio positivo puede encarnar una actuación administrativa susceptible de incurrir en una infracción del ordenamiento jurídico que, previa declaración de su lesividad, pueda ser directamente impugnada, a fin de obtener su anulación, por la propia Administración Pública ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Rechaza así la argumentación de la Audiencia al afirmar el Tribunal que la anulación que pueda obtenerse de un acto producido por silencio a través de la vía de su previa declaración de lesividad y posterior impugnación jurisdiccional no significa vaciar de contenido los efectos del silencio positivo. La finalidad de la institución del silencio es poner fin a la situación de incertidumbre generada por la pasividad de la Administración, lo que se lleva a cabo fijando un momento a partir del cual el ordenamiento jurídico atribuye a dicha pasividad un contenido resolutivo concreto reclamable por el interesado, y permite a este la impugnación jurisdiccional de ese resultado resolutivo si lo considera contrario a sus intereses; pero la equiparación legalmente dispuesta entre el acto administrativo tácito y el acto administrativo expreso significa, también, que a uno y otro afecta

en igual medida el principio de legalidad y la obligada sumisión al ordenamiento jurídico, así como el control jurisdiccional del cumplimiento de esas exigencias, que con carácter general rigen sin excepciones para cualquier actuación administrativa. A partir de aquí y teniendo en cuenta que la rehabilitación funcional no es una potestad libre de la Administración, pues su válido ejercicio requiere inexcusablemente tomar en consideración los criterios normativamente previstos para dicha rehabilitación (recogidos positivamente en el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales) y justificar motivadamente que las circunstancias singulares del interesado no individualizan, o lo hacen en muy escasa medida, esos criterios que son enunciados como expresivos de factores o valores que son contraproducentes para el buen desempeño funcional, hay que admitir que la rehabilitación obtenida por silencio pueda resultar improcedente no solo por ser contraria a los intereses públicos sino también por ser anulable al estar incurso en infracción del ordenamiento al contravenir lo establecido en el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales para conceder la rehabilitación.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JESÚS A. FUENTETAJA PASTOR
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

XI. URBANISMO

SUMARIO

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.
 - A) **Carácter preceptivo y vinculante del informe confederal sobre la suficiencia de recursos hídricos.**
 - B) **Nulidad del plan sectorial de incidencia supramunicipal por omitir el preceptivo informe ministerial sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas.**
 - C) **Nulidad de la modificación puntual del PGOU al carecer de informes preceptivos, aunque no vinculantes.**
 - D) **Nulidad del planeamiento por incluir un nuevo equipamiento religioso dentro de un sistema general como es un parque urbano.**
 - E) **Imposibilidad de subsanar las determinaciones de un plan parcial de reforma interior anuladas por falta de justificación.**
 2. RÉGIMEN DEL SUELO.
 - A) **Nulidad de la clasificación de un humedal como suelo urbanizable destinado a parque público.**
 3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.
 - A) **Sistemas de actuación: expropiación.**
 - B) **Sistema general de equipamiento comunitario sanitario supramunicipal: declaración de interés general.**
 4. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS.
 - A) **El momento inicial del expediente de justiprecio determinante del momento de referencia de la valoración, en los expedientes o proyectos expropiatorios llevados o seguidos por el sistema de tasación conjunta debe situarse al momento de exposición al público del proyecto expropiatorio, esto es, la fecha de publicación del proyecto en diarios oficiales.**
-

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) **Carácter preceptivo y vinculante del informe confederal sobre la suficiencia de recursos hídricos**

Un nutrido grupo de sentencias dictadas en los últimos meses, que la **STS de 12 de abril de 2013 (RJ 3039)** cita y transcribe extensamente, ha consolidado el criterio de que el informe que las Confederaciones Hidrográficas han de emitir antes de la aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico tiene carácter vinculante, aunque el artículo 25.4 RDLegislativo 1/2001, Texto Refundido de la Ley de Aguas lo concibiera solo como preceptivo. El Tribunal establece esta regla sin necesidad de que el reglamento precise en qué casos es exigible dicho informe confederal, merced a una interpretación asistemática de distintos preceptos (DA 2.^a Ley 13/2003, de 23 de mayo, «reguladora de la concesión de obras públicas», artículo 83.2 Ley urbanística valenciana 16/2005, de 30 de diciembre, artículo 19.2 Ley valenciana 4/2004, de 30 de junio, «de ordenación del territorio y protección del paisaje», artículo 44.3 Ley 11/1998, «general de telecomunicaciones» y otros), con un alcance también mayor de lo previsto por el legislador:

«Precisamente en torno al carácter vinculante del informe del Organismo de cuenca, hemos rechazado en las sentencias precitadas que ese informe de la Confederación Hidrográfica deba limitarse a pronunciarse estrictamente sobre la inexistencia o insuficiencia de recursos hídricos asignables, de manera que se aparte ilegítimamente del ámbito que le es propio, si más allá del pronunciamiento sobre la existencia o suficiencia, física o fáctica, de recursos hídricos, pretende basar el juicio desfavorable en consideraciones referidas a la inexistencia de concesión u otro título de derecho inscrito respecto del caudal de agua que demanda la nueva actuación.

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 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 solo 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».

Es más, en virtud de esta jurisprudencia, la negativa dada por la Confederación no admite demostración en contra por parte de otras entidades. De ahí que fuera anulada la sentencia de instancia, que había dado por buenas las alternativas de abastecimiento de aguas para una modificación del plan general en las que se apoyaba la decisión autonómica.

El mayor problema de esta doctrina no es, con todo, que convierta el informe confederal en un derecho de veto sobre decisiones urbanísticas municipales o autonómicas, sino que ese mismo efecto se puede producir por la simple falta de respuesta, ya que según el artículo 25.4 TRLA el informe se entiende desfavorable si no se emite en el plazo establecido. Ante un «veto silente», las autoridades urbanísticas no podrán aprobar el planeamiento pero tampoco saber qué se opone a ello, pues no es infrecuente que las Confederaciones no respondan a los informes que se sobre el planeamiento se les solicitan. Así, la **STS de 10 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1316)** considera que la presunción desfavorable de un informe confederal no emitido —aunque sí fue solicitado— es motivo suficiente para anular un plan parcial de mejora.

Otro problema que deriva de la deficiente redacción del artículo 25.4 TRLA es discernir cuándo es necesario redundar dicho informe. Un caso así se trata en la **STS de 13 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1319)**:

«Acreditado queda que el informe de la Confederación Hidrográfica no ha sido emitido en la Modificación del PGOU —aunque fuera emitido en la aprobación del PGOU y en un posterior Estudio de Detalle para la zona—; que la razón de ser de esta Modificación va a consistir —en síntesis— en posibilitar un incremento de edificabilidad para uso hotelero en la Unidad de Ejecución UEP-R2 “Estrella de Estepona” donde ya se encuentra construido un hotel, permitiéndose su ampliación; y que tal Unidad linda, por el lado Oeste con el denominado Arroyo Hornacino.

Se está, pues, en consecuencia, ante un planeamiento —y la modificación se equipara al mismo— que encaja en el supuesto previsto en el artículo 25.4 del TRLA en relación con el 6 del RDPH; esto es, ante una modificación de planeamiento que, sin duda, va a afectar “al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales o a los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía”, si atendemos a la anchura de esta, a la dimensión de la parcela y a la ubicación de la nueva edificación, según el nuevo planeamiento».

B) Nulidad del plan sectorial de incidencia supramunicipal por omitir el preceptivo informe ministerial sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas

Con apoyo en la anterior STS de 9 de marzo de 2011 (RJ 1297), la **STS de 7 de febrero de 2013 (RJ 2063)** casa la sentencia de instancia y anula el Plan Sectorial de Incidencia Supramunicipal «Área de Actividades Económicas de Valdizarbe» por no haber solicitado durante la tramitación el informe previsto en el artículo 26.2 Ley 32/2003, «general de telecomunicaciones»:

«En efecto, el instrumento de planeamiento aquí controvertido se encuentra contemplado en la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra, cuyo artículo 42.1 establece como objeto de los Planes Sectoriales de Incidencia Supramunicipal las actuaciones residenciales, de actividad económica o el desarrollo de planes y políticas públicas, cuya incidencia y efectos trascienda, por la magnitud, importancia o las especiales características que presenten, del municipio o municipios sobre los que se asienten. No son, por

tanto, simples proyectos de actuación que, en su caso, se limiten a transformar el suelo no urbanizable sino que constituyen auténticos planes de naturaleza tanto territorial como urbanística, que han de enmarcarse y ajustarse a las determinaciones de los instrumentos de ordenación del territorio de rango superior que resulten aplicables y que vinculan al planeamiento del ente o de los entes locales a los que afecte (artículo 42.3 de la Ley Foral 35/2002); y entre sus previsiones han de contener la clasificación y calificación del suelo, así como las determinaciones de carácter estructurante y pormenorizado que sean precisas para la urbanización de cualquier clase de suelo (artículo 43.1.d).

El Plan Sectorial de Incidencia Territorial de Valdizalbe implanta un área económica al suroeste de Pamplona con una superficie de aproximadamente 58,9 hectáreas, en terrenos ubicados en los términos de Legrada y Uterga, cuyas ordenaciones urbanísticas respectivas los incluían en distintas categorías y a los que el Plan Sectorial asigna la clasificación de suelo urbanizable sectorizado, a excepción de los situados en el entorno del nudo con la A-12; siendo las superficies edificables de 190.279 m² de uso industrial en planta baja, 27.096 m² en plantas elevadas y 46.425 en usos polivalentes.

Con este precipitado repaso sobre algunos de los datos del Plan Sectorial únicamente pretendemos poner de manifiesto que, sin lugar a dudas, estamos en presencia de un instrumento de ordenación territorial y urbanística y que, por tanto, para su aprobación se requería recabar de la Administración General del Estado el oportuno informe sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas para su ámbito territorial, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.2 de la 32/2003, General de Telecomunicaciones. A tal conclusión no cabe oponer las razones ofrecidas por la sentencia de instancia, que equivocadamente entiende que el mandato legal está dirigido a los operadores y no a los autores del planeamiento; y tampoco las aducidas por las partes recurridas, para las que en el peor de los casos se trataría de una irregularidad no invalidante que podría subsanarse con ocasión del Proyecto de Urbanización. Muy al contrario, la emisión de ese informe constituye un defecto en el procedimiento de elaboración del Plan Sectorial que determina la nulidad del instrumento (artículo 62.2 de la Ley 30/1992)».

C) Nulidad de la modificación puntual del PGOU al carecer de informes preceptivos, aunque no vinculantes

La **STS de 18 de enero de 2013 (RJ 1881)** revoca la sentencia de instancia y anula el acuerdo municipal de modificación del PGOU al no constar en el expediente de modo fehaciente que fueran solicitados los preceptivos informes a la Diputación Provincial y al Servicio Territorial de Fomento que prescribe la reglamentación urbanística de Castilla y León (Decreto

D) Nulidad del planeamiento por incluir un nuevo equipamiento religioso dentro de un sistema general como es un parque urbano

La **STS de 11 de abril de 2013 (RJ 2013/3003)** confirma la nulidad de una modificación de las normas subsidiarias de Arteixo consistente en la recalificación de 2.880 m² del parque urbano, perteneciente al sistema general de zonas verdes y espacios libres públicos, para destinarla a equipamiento religioso privado, con el fin de legaliza las obras hechas en virtud de una licencia municipal inválida por infracción de la zonificación y del uso urbanístico:

«Los preceptos que se citan como vulnerados se refieren a las determinaciones y contenido de los planes generales y, de ellos difícilmente puede obtenerse la conclusión de la posibilidad de implantar una dotación privada dentro del sistema general de espacios libres públicos. Por el contrario, el artículo 25.1.d del Reglamento de Planeamiento, que se cita como vulnerado, se refiere al subsistema de parques públicos, dentro del sistema general de espacios libres, estableciendo que establece que “en estos parques solo se admitirán aquellos usos compatibles con su carácter que no supongan una restricción del uso público”. El destino de la dotación privada es incompatible con el carácter de sistema general del parque, que constituye una dotación pública diseñada y prevista para el servicio de la totalidad del municipio».

En consecuencia, el recurso es desestimado.

E) Imposibilidad de subsanar las determinaciones de un plan parcial de reforma interior anuladas por falta de justificación

La **STS de 3 de julio de 2007 (RJ 2007/3753)** anuló la desclasificación como suelo no urbanizable de especial protección de determinados terrenos realizada en el PERI relativo a las instalaciones militares de Campamento (en Madrid), por falta de motivación.

El asunto volvió de nuevo a esta sede cuando el TSJ de Madrid dio por válido que los preceptos anulados volvieran a ser aprobados acompañados de un «complemento de memoria» elaborado a posteriori, en supuesta ejecución de la sentencia.

La **STS de 28 de septiembre de 2012 (RJ 2012/9762)** rechaza tal posibilidad por múltiples motivos:

«Ciertamente cuando se declara judicialmente la nulidad de unas concretas determinaciones del plan general, de algunas de sus normas, la aprobación posterior, en ejecución de sentencia, de una justificación, que pretende paliar esa ausencia de explicación en el procedimiento de elaboración de la disposición general, no puede considerarse que cumple y ejecuta la sentencia que declara la nulidad de una parte del plan general. Así es, no se puede subsanar, enmendar, o convalidar el plan nulo. Tampoco pueden conservarse los acuerdos de aprobación definitiva y otros que se mantienen como si las determinaciones del plan no hubieran sido declaradas nulas de pleno derecho. Y, en fin, no podemos considerar que ese posterior complemento de la justificación para la reclasificación de los terrenos pueda tener un alcance retroactivo para intercalarse en el lugar, dentro del procedimiento administrativo, en el que debió haberse proporcionado.

Las razones que seguidamente exponemos avalan esta conclusión».

Esas razones pueden resumirse en la naturaleza reglamentaria del planeamiento urbanístico, cuya ilegalidad acarrea la nulidad absoluta *ex tunc*. Lo que, a su vez, hace inviable la aplicación de los principios de conservación y de convalidación de los actos administrativos. Y la retroactividad que para los actos administrativos permite el artículo 67.2 Ley 30/1992.

Y, finalmente, la Sentencia remata con una consideración impecable, aunque pocas veces asumida por los tribunales:

«Quizás se parte, en las resoluciones impugnadas en la instancia, de una premisa inexacta como es considerar que la falta de justificación en ese cambio de clasificación urbanística es un mero defecto formal que puede subsanarse a posteriori tras la nulidad declarada judicialmente.

Conviene reparar a estos efectos que esa carencia reviste un carácter esencial y sustantivo pues afecta a la comprensión e impugnación del propio cambio normativo. Y sabido es que los trámites tienen un carácter medial o instrumental al servicio de una finalidad que en este caso, insistimos, se conecta con las garantías del ciudadano y la relevancia del medio ambiente, atendida la naturaleza del cambio de clasificación realizado.

No resulta preciso insistir, en este sentido, en la importancia, trascendencia y garantía que para los ciudadanos tiene la justificación expresada en la memoria del plan, para dar sentido a las determinaciones urbanísticas que introduce o modifica el planificador, como sucede con el cambio de clasificación de suelo no urbanizable de especial protección a suelo urbanizable. Únicamente puede combatirse aquello que se conoce y cuando se comprenden las razones por las que se realiza tal innovación. Y con mayor intensidad si ello tiene repercusión significativa sobre el medio ambiente».

2. RÉGIMEN DEL SUELO

A) Nulidad de la clasificación de un humedal como suelo urbanizable destinado a parque público

La sentencia de instancia había rechazado que el humedal «Cuadro de Santiago» pudiera ser clasificado como suelo no urbanizable protegido, por no estar incluido en el Catálogo de Zonas Húmedas de la Comunidad Valenciana. Es más, el tribunal valenciano había considerado que, para merecer tal protección, primero debía promoverse judicialmente la inclusión del humedal en dicho Catálogo.

Con buen criterio, dicha decisión es anulada por la **STS de 10 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1316)**:

«Esta Sala disiente de tales pareceres y considera que la Sala sentenciadora, al haber declarado lo contrario, ha conculcado lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley 4/1998, de 27 de marzo, sobre Conservación de los Espacios Naturales, precepto que, conforme a lo establecido en su Disposición Adicional Quinta, tiene carácter de básico, como lo ha ratificado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 102/1995, de 26 de junio.

El hecho de que una zona húmeda, que, conforme a lo establecido en el artículo 111.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, son las pantanosas o encharcadizas, incluso creadas artificialmente, no esté incluida en el Inventario Nacional de Zonas Húmedas o en el Catálogo correspondiente que, al efecto, se apruebe en las Comunidades Autónomas en uso de su potestad para establecer normas adicionales de protección, no puede ser obstáculo para la debida conservación y restauración de dichas zonas húmedas, pues la protección dispensada por el citado

precepto de la Ley de Conservación de Espacios Naturales no deriva de su inclusión en el Inventario Nacional o en los Catálogos autonómicos sino de su condición de humedal, lo que en el caso enjuiciado está admitido y resulta acreditado de la prueba documental y pericial practicada en el proceso sustanciado, protección que se hace imposible si el humedal se clasifica por el planeamiento urbanístico como suelo urbanizable, aun cuando sea destinado a Parque Público, como, a mayor abundamiento, lo reconoce el artículo 15 de la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos en la Comunidad Valenciana, en el que primero se definen como zonas húmedas las marismas, marjales, turberas o aguas rasas, ya sean permanentes o temporales, de aguas estancadas o corrientes, dulces, salobres o salinas, naturales o artificiales y, en su segundo apartado, se dispone que las zonas húmedas deberán ser preservadas de actividades susceptibles de provocar su recesión o degradación, a cuyo fin los terrenos incluidos en las mismas serán clasificados, en todo caso, como suelo no urbanizable sujeto a especial protección, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4/1992, de 25 de junio, sobre Suelo No Urbanizable, debiendo mantenerse la clasificación de suelo aún en el supuesto de desecación por cualquier causa de la zona húmeda o parte de la misma.

El que en el apartado 4 del mismo precepto autonómico se contemple el Catálogo autonómico de zonas húmedas, al igual que sucede, respecto del Inventario con el artículo 25 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de Espacios Naturales, no es razón, como hemos indicado, para dejar de evitar el desarrollo urbanístico en una zona húmeda, cual sucede con el denominado “Cuadro de Santiago” de Benicasim, razón por la que este segundo motivo de casación debe también ser estimado».

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Sistemas de actuación: expropiación

En su sentencia de 25 de enero de 2013 (Ar. 898), el TS tiene que resolver el recurso presentado por una entidad mercantil contra el acuerdo autonómico que aprobaba un Proyecto Supramunicipal para la construcción de una plataforma logística industrial y un centro de transporte, y en el cual se atribuía la gestión de la actuación a una sociedad pública a la que se le consideraba como beneficiaria de la expropiación, dado que este había sido el sistema de actuación elegido. Las alegaciones de la recurrente se fundamentaban en la vulneración de la normativa comunitaria que garantiza la transparencia, libertad de acceso e igualdad de trato, pues la utilización de ese sistema de actuación y la consideración como beneficiaria de la citada sociedad pública, todo ello aprobado en el acuerdo autonómico recurrido, determinaba, a su juicio, que se le confiriera a ésta un derecho exclusivo para realizar un negocio urbanístico sin una licitación pública que garantizara los principios antes aludidos; de este modo, la recurrente alega vulneración de los artículos 86, 43 y 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad y de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a este respecto, básicamente, del primero, el cual indica que «los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de sus empresas públicas y aquellas empresas a las que se conceden derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89 ambos inclusive» (FJ 3.º).

Para la resolución del recurso, el TS se detiene en la consideración previa de la naturaleza de la entidad a la que se le atribuye la gestión urbanística así como la condición de beneficiaria de la expropiación, pues ello resulta fundamental para la resolución del recurso, ya que si «merece la condición de medio propio de la Administración, ..., puede acordarse la adjudicación directamente a esa empresa dependiente sin acudir a los procedimientos competitivos y sin vulnerar el sistema de libre concurrencia», remitiéndose para ello, en palabras del propio Tribunal, a la «especialmente significativa» sentencia del Asunto Tragsa (SDCE 19 de abril de 2007), la cual indica que su consideración como «empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades pública» le permite realizar operaciones sin estar sujeta al régimen establecido en Derecho Comunitaria en relación a los procedimientos de adjudicación de los contratos (FJ 3.º).

De esta manera, aquel estudia los requisitos que exige la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para «determinar si la empresa que ha de realizar la actividad o prestación merece la condición de medio propio de la Administración» (FJ 3.º) —los llamados criterios Teckal—, que son dos: «que la Administración pública ejerza sobre el ente de que se trate un control análogo al que ejerce sobre los propios servicios; y que la entidad realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan» (FJ 3.º), entendiéndose además que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria que el propio Tribunal cita, esta doctrina es aplicable a los sectores clásicos de la contratación pública: obras, suministros y servicios.

Estas consideraciones permiten al Tribunal determinar que la entidad cuestionada es una sociedad pública ya que su capital corresponde en su totalidad a la Comunidad Autónoma concreta, a través de una Corporación Empresarial Pública creada «para desarrollar políticas pública, entre ellas la adquisición y venta de suelo industrial y la promoción y gestión de urbanizaciones en polígonos industriales, realizando obras de infraestructuras y dotación de servicios en los mismos» (FJ 3.º), estando formado su Consejo de Administración por órganos superiores de la Administración autonómica y siendo su normativa aplicable sus Estatutos sociales, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la normativa que resulte aplicable a las empresas de dicha Comunidad Autónoma, de manera que «no cabe albergar duda alguna sobre el alcance del control que ejerce la Administración pública autonómica» sobre dicha entidad, «cuando menos análogo al que ejerce sobre los propios servicios, no solo por ser íntegramente público el capital, lo que constituye un indicio sobre el control que se ejerce sobre el ente, sino, sobre todo, por la composición de su órgano de gestión, que es presidido por el Consejero del sector y está integrado por los cargos directivos de las Consejerías, de manera que es patente, no que influya en sus decisiones sino que las conforma directamente» (FJ 3.º).

Igualmente, considera cumplido el segundo de los requisitos antes aludidos, es decir, que la entidad realiza la parte esencial de su actividad con el ente que ejerce el control, pues, según la norma de creación de dicha entidad, su ámbito objetivo de actuación es ejecutar políticas y actuaciones públicas, entre las que se encuentran el desarrollo de actuaciones de promoción pública de suelo industrial, precisamente para lo que fue elegida, según resalta el TS, destacando, además, que «no se está en presencia de una relación contractual entre la Consejería y la entidad, ..., sino que se trata de una encomienda de gestión o un encargo de ejecución de la Administración autonómica a uno de sus medios

instrumentales: una empresa dependiente y subordinada, creada precisamente para atender determinados tipos de desarrollos de suelo, y que tiene condición de medio propio instrumental de la Administración» (FJ 3.º).

Todo ello permite al TS indicar que estamos en presencia de «un expediente de contratación doméstica, la denominada *in house providing*», lo conlleva que no sea de aplicación a la entidad referida la normativa comunitaria en materia de adjudicación de contratos, incluso, destacando que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, no aplicable al caso por razones temporales pero esclarecedora a este respecto, en su artículo 4.1, letra n), señala que están excluidos de su ámbito «los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación», lo que determina que el Tribunal desestime el recurso interpuesto.

B) Sistema general de equipamiento comunitario sanitario supramunicipal: declaración de interés general

En la sentencia de 20 de marzo de 2013 (Ar. 2803), el TS debe decidir sobre la legalidad de una modificación puntual de la revisión de un plan general de ordenación urbana referida a la implantación de un sistema general de equipamiento comunitario municipal en suelo rústico, centrándose la controversia, por lo que aquí interesa, en la competencia para la necesaria declaración de interés general de dicho equipamiento.

A este respecto, la sentencia de instancia recurrida había analizado la competencia para realizar la declaración de interés general de un nuevo hospital de referencia en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que se iba a situar en suelo rústico, llegando a la conclusión de que no sería competencia del Consejo de Gobierno autonómico, sino del Consell Insular, por no afectar al ámbito territorial de más de un Consell. Esta decisión fue recurrida por la parte actora al entender, precisamente, que faltaba dicha declaración de interés general.

En este sentido, el TS corrige la sentencia recurrida, indicando que la misma «no puede estar implícita en la aprobación de la modificación puntual cuestionada por cuanto ésta lo ha sido por el Consell Insular y aquella es competencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares», y además, tampoco se puede entender que la declaración no corresponde a dicho Gobierno porque, como aquella sentencia había indicado, la competencia de este se limita a obras o instalaciones de energía o telecomunicación que conecten dos o más islas. A este respecto, el TS indica que la dotación sanitaria cuya construcción ha conllevado la modificación del plan «es un equipamiento promovido por la Administración autonómica erigida en el Hospital de Referencia de las Islas Baleares (así se califica en el Ley autonómica 4/2008 (LIB 2008, 140), con el alcance funcional de infraestructura autonómica y que, por tanto, con un ámbito de afectación por los servicios que ha de prestar, se extiende a todas las Islas Baleares, por más que su emplazamiento se sitúe en la de Mallorca» (FJ 2.º).

Y vinculado con lo anterior, también tuvo que profundizar el TS en la propia necesidad o no de tal declaración de interés general para la implantación de esa dotación sanitaria en

suelo rústico, en cuanto que la sentencia recurrida había indicado que dicha declaración no era necesaria pues ya se contemplaba en la modificación del plan general aprobada, de acuerdo con la ordenación del suelo rústico que se contiene en la Ley autonómica 6/1999, de Directrices de Ordenación Territorial. Esta consideración, a juicio del TS, vuelve a incurrir en el error de considerar que dicha dotación posee un carácter exclusivamente insular, y no autonómico, y relacionado con ello, al hecho «de eludir el ámbito exclusivamente municipal del Plan impugnado frente al interinsular de la instalación hospitalaria».

4. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) El momento inicial del expediente de justiprecio determinante del momento de referencia de la valoración, en los expedientes o proyectos expropiatorios llevados o seguidos por el sistema de tasación conjunta debe situarse al momento de exposición al público del proyecto expropiatorio, esto es, la fecha de publicación del proyecto en diarios oficiales

Una vez más, en el período a que se circunscribe nuestras crónicas, cabe cifrar hasta un número de 15 Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), que reiteran Jurisprudencia que hemos abordado en números anteriores de nuestras crónicas. Cabe citar algunas de ellas: STS de 4 de marzo de 2013 (RJ 20132248); STS de 21 de enero de 2013 (RJ 20131891); STS de 21 de enero de 2013 (RJ 20131890); STS de 10 de diciembre de 2012 (RJ 2012400184); STS de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2012400261); STS de 3 de diciembre de 2012 (RJ 20131012); STS de 26 de noviembre de 2012 (RJ 2012383549); STS 19 de noviembre de 2012 (RJ 2012377803); STS 12 de noviembre de 2012 (RJ 2012364694).

Estas Sentencias del Tribunal Supremo tienen lugar con ocasión de los recursos planteados contra distintas Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid dictadas con ocasión de los recursos planteados contra la resolución del Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Madrid de fecha 3 de febrero de 2006 sobre fijación del justiprecio correspondiente a la expropiación forzosa del Ensanche Sur, Sectores PP1, PP2 y PP3 del Plan de Ordenación Urbana de Alcorcón, en término municipal de Alcorcón (Madrid).

Por todas ellas, sirva como botón de muestra, lo manifestado en el Fundamento Jurídico Séptimo de la STS de 4 de marzo de 2013 (RJ 20132248):

«(...) contra lo expresado en la sentencia de instancia, en la que se sitúa el momento de referencia en la fecha de la concreta ocupación del terreno expropiado, el momento inicial del expediente de justiprecio, determinante del momento de referencia de la valoración, debe situarse, por tratarse de un expediente o proyecto expropiatorio llevado o seguido por el sistema de tasación conjunta, al momento de exposición al público del proyecto expropiatorio.

Ciertamente, en este tipo de supuestos, cuando se trata de proyectos expropiatorios seguidos por el sistema de tasación conjunta, el momento de referencia para la valoración habrá de ser, conforme a la previsión de dicha norma, el de exposición al público del proyecto de

expropiación. Así se dijo ya en la reciente sentencia de esta Sala y sección de 8 de julio de 2011 (RJ 2011, 6347), recaída en casación 4392/2007. Además, con cita de la sentencia de la misma Sala de 15 de junio de 2000 (RJ 2000, 6554), dictada en autos de casación n.º 761/96, también en aquella se viene a decir, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 136 del Reglamento de Gestión Urbanística (RCL 1979, 319) que, conforme a lo que ya se decía en la última de las citadas sentencias, se debe concretar la fecha de referencia valorativa en expedientes de tasación conjunta en la de exposición al público del proyecto de expropiación. En idéntica línea se expresa la Sala en su sentencia de 14 de abril de 2007 (RJ 2007, 3668), recaída en el recurso n.º 9122/2003.

No estará de más recordar literalmente lo que sobre este particular asunto decíamos en la sentencia de fecha 15 de junio de 2000, citada en la anteriormente referida también de 8 de julio de 2011: “En el caso de autos nos encontramos ante un expediente de valoración conjunta y por tanto tal valoración debe venir referida por imperativo del artículo 136 del Reglamento de Gestión Urbanística a la fecha de exposición al público del proyecto de expropiación, exposición que según el artículo 202 del mismo instrumento normativo debe efectuarse mediante la inserción de anuncios en el BOE, en el de la respectiva provincia y en un periódico de los de mayor circulación. En consecuencia, tal exposición no puede entenderse efectuada hasta que se producen las tres publicaciones antes referidas. En ningún caso cabe apreciar que la fecha a que debe referirse la valoración sea la de la aprobación inicial del Proyecto de expropiación y acuerdo de exposición al público (...), pues ello es contrario al tenor literal del artículo 136 del Reglamento»..

Conviene señalar al respecto que, tratándose del procedimiento de tasación conjunta y por su particular tramitación, la exposición al público y notificación individual de la tasación a los titulares de los bienes y derechos del expediente, para que en el plazo de un mes puedan formular las observaciones y reclamaciones que estimen convenientes, en particular en lo que concierne a la titularidad o valoración de sus respectivos derechos, cumple una función similar, por su contenido, al requerimiento efectuado al expropiado en el expediente de justiprecio individualizado, para que formule la correspondiente hoja de aprecio, momento al que la jurisprudencia y el artículo 24 de la Ley 6/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 959), consideran como fecha de referencia de valoración de los bienes y derechos expropiados.

De este modo en el presente supuesto, la fecha de referencia para la valoración deberá quedar fijada en las fechas de publicación en Diarios Oficiales (BOE y BOCM), que tuvo lugar el 13 y 17 de mayo de 2004, respectivamente, no en la fecha que maneja el Jurado, que es la fecha de aprobación inicial del Proyecto, sino una fecha que habría de quedar situada, al menos en el 17 de mayo de 2004 y no antes.

Ello determina, igualmente, que hayan de tomarse en consideración los valores aplicables en dicho momento y, concretamente, el correspondiente al precio máximo legal de venta de las Viviendas de Protección Oficial, que constituye el elemento objetivo básico del que parte el método de valoración de creación jurisprudencial aplicable en este caso, (...).

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

SUMARIO

1. BIENES LOCALES.
 - A) **Utilización de los bienes de dominio público.**
2. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) **Nuevas Sentencias sobre la derogación por Real Decreto-ley de algunos preceptos de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001. No se infringe la regulación constitucional de los decretos-leyes, ni ello supone un comportamiento arbitrario, contrario a la seguridad jurídica, o al principio de solidaridad territorial.**
3. AGUAS MARÍTIMAS.
 - A) **El deslinde de costas.**
 - a) Disposiciones Transitorias de la Ley y el Reglamento de Costas.
 - b) Ampliación de plazo y caducidad del procedimiento de deslinde.
 - B) **Limitaciones sobre las propiedades colindantes: extensión de la servidumbre de protección.**
 - C) **Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre.**
 - a) Concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la legislación anterior.
 - b) Las construcciones sin título sobre el demanio costero deberán ser demolidas cuando no quepa su legalización.
 - c) Transmisión concesional.
 - d) Caducidad concesional.
 - D) **Puertos: uso privativo del demanio portuario.**
 - a) Dicho uso está sujeto al régimen concesional y a las condiciones particulares establecidas en los títulos.
 - b) La extinción por transcurso del plazo de la concesión de uso justifica el cese de la ocupación y el desahucio de las edificaciones.
 - c) No cabe otorgar concesión para construir y explotar un puerto deportivo mientras no se apruebe el plan de utilización de usos del puerto estatal en que se va a ubicar la instalación.

4. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO.

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua.

- a) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa.
- b) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación.
- c) Imposición y ordenación.

B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja.

- a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas.

C) Otro dominio público estatal.

- a) Tasas por reserva del espacio radioeléctrico.

D) Dominio público local.

- a) Tasas por utilización del dominio público local: exenciones.
- b) Tasas por utilización del dominio público local: la cuestión del transporte de energía eléctrica.

E) Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

- a) Dominio público-hidráulico.
- b) Universidades.

F) Impuesto de Construcciones, Instalaciones y obras.

- a) Bienes públicos.

1. BIENES LOCALES

A) Utilización de los bienes de dominio público

Se ha dictado la **STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, núm. 69/2013, de 31 de enero**, en el que se enjuicia la legalidad del acuerdo municipal de extinción de una concesión de bar y de pistas de tenis por haber expirado el plazo de concesión de veinte años y se le da un plazo para dejar el bien. La Sentencia citada considera legal dicho acuerdo dados los elementos fácticos que describe.

Lo interesante de esta Sentencia radica en que el supuesto examinado —bar y pistas de tenis— puede articularse como una mera ocupación de un bien de dominio público, que se regula en la normativa patrimonial local, o como una gestión privada de un servicio público, que se rige por la normas reguladoras de los servicios. En el caso enjuiciado el Municipio optó por articularlo como una utilización finalista del dominio público regulador por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

2. AGUAS CONTINENTALES

- A) **Nuevas Sentencias sobre la derogación por Real Decreto-ley de algunos preceptos de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001. No se infringe la regulación constitucional de los decretos-leyes, ni ello supone un comportamiento arbitrario, contrario a la seguridad jurídica, o al principio de solidaridad territorial**

Como se indicó en el número 59 de esta Revista, La **Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2012, de 13 de diciembre** (BOE núm. 10, de 11 de enero de 2013) resolvió el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Consejo de Gobierno de la Generalidad Valenciana, contra el Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional, rechazando los argumentos presentes en tal recurso y afirmando, por lo tanto, la validez de la modificación de la Ley.

Ahora debemos indicar que tras esa Sentencia han seguido apareciendo otras Sentencias del Tribunal Constitucional (adoptadas todas ellas, como la primera, por unanimidad de sus miembros, sin votos particulares) que continúan estableciendo la doctrina de la que partió la STC 37/2012 sobre la legitimidad constitucional de la derogación de los preceptos relativos a la transferencia de recursos hídricos desde la cuenca del Ebro a distintas cuencas del arco mediterráneo que contenía la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 y que fue realizada por Real Decreto-ley 2/2004. Estas Sentencias son la **19/2013, de 31 de enero** (recurso también del Gobierno valenciano pero ahora sobre la Ley 11/2005, de 22 de junio, que fue el resultado de la transformación del citado Real Decreto-ley conforme a lo que indica el artículo 86.3 CE, BOE de 25 de febrero de 2013), **51/2003, de 28 de febrero** (impugnación del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, BOE de 26 de marzo de 2013) y **64/2013, de 14 de marzo** (impugnación de cincuenta Senadores del Grupo Popular en el Senado, BOE de 10 de abril de 2013). Se ignora si todavía continúan recursos pendientes que darán lugar a nuevas Sentencias.

También en este caso se ha dado, por tanto, la característica que observamos en el número 59 de Justicia Administrativa en la crónica de Medio Ambiente relativa a impugnaciones desde distintas CCAA de los mismos preceptos, [cosa también advertible en la impugnación ante el TC del Estatuto de Cataluña (STC 31/2010 y otras más)]. En aquella ocasión se observó la impugnación de los preceptos relativos al tratamiento del Delta del Ebro y del Plan Integral previsto en una disposición adicional de la Ley del Plan Hidrológico Nacional en la redacción dada por la Ley 11/2005, antes citada, siendo el resultado desestimatorio de los recursos formulados en las cuatro sentencias entonces referenciadas (también por unanimidad, sin votos particulares). Ahora lo mismo sucede con estas otras tres Sentencias concluyendo las mismas en la constitucionalidad de los preceptos impugnados. La Sentencia de referencia es la 237/2012, como decía, pues el resto se remiten resumidamente, al tratamiento ciertamente amplio que lleva a cabo la 237/2012, remitiéndonos, por tanto, al resumen que sobre la misma se hizo en el número 59 de esta Revista, en la crónica de propiedades públicas.

B) Obras hidráulicas y patrimonio cultural. El supuesto del recrecimiento del embalse de Yesa y el Camino de Santiago

Ha aparecido la **STS de 22 de enero de 2013**, Sala de lo contencioso-administrativo, que resuelve el recurso de casación formulado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 21 de diciembre de 2010, que había anulado la Resolución de 23 de septiembre de 2002 de la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Diputación General de Aragón por la que se sometía a información pública el procedimiento para la identificación, delimitación física de la ruta y del entorno afectado por el Camino de Santiago en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El supuesto básico de la Sentencia y de otras varias que han aparecido sobre el mismo tema, es mi complejo y se ha estudiado monográficamente por A. EMBID IRUJO, «La afección al Camino de Santiago en Aragón por la realización de obras hidráulicas. El caso del recrecimiento del embalse de Yesa», en *Patrimonio Cultural y Derecho*, 26, 2012, pp. 11-30. Digamos ahora que esta STS —no considerada en el anterior trabajo por razones de fecha, viene a confirmar la previa del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que ratificaba la legalidad del recrecimiento del embalse, bien que en una cota de coronación de presa y afectación superficial consecuente, reducida en relación a lo que indicaba el proyecto original constructivo. El hecho puede suponer la desaparición, por inundación, de una parte del Camino pero fundamento de la saga jurisprudencial indicada es la falta de constancia histórica de lo que el Camino era en ese lugar.

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) El deslinde de costas

a) Disposiciones Transitorias de la Ley y el Reglamento de Costas

Como han reiterado en muchas ocasiones el TC y el TS, los titulares afectados por deslindes practicados con arreglo a la Ley de Costas reciben una compensación suficiente con el otorgamiento de las concesiones previstas en las Disposiciones Transitorias de esta norma, siempre y cuando concurren los requisitos exigidos para ello. Esencialmente, que tal concesión se pretenda respecto de usos y aprovechamientos ya existentes a la entrada en vigor de la misma (**SAN 5 de marzo de 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 428/2011**). Sin embargo, en los supuestos en que no quede acreditada dicha existencia no procede otorgar el título, porque en ningún caso puede asimilarse la realidad presente de aquéllos a meras expectativas de uso. En todo caso, cabría reconocer, en los términos expresados por la Disposición Transitoria 1.^ª4 del Reglamento de Costas, un derecho de preferencia durante sesenta años para la obtención de eventuales concesiones de nuevos usos y aprovechamientos que pudieran otorgarse sobre las parcelas de terreno afectadas (**SSAN 15 y 20 —dos— de febrero de 2013, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 72/2011, 71/2011 y 544/2011**).

b) Ampliación de plazo y caducidad del procedimiento de deslinde

Según dispone el artículo 12.1 de la Ley de Costas, el plazo para resolver y notificar los procedimientos de deslinde iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2003 es de vein-

ticuatro meses, so pena de caducidad. Ese plazo se computará desde la fecha del acuerdo de incoación, y hasta la fecha de la notificación de la resolución administrativa que pone término al expediente (**SAN 22 de marzo de 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 372/2011**).

Nada impide la ampliación excepcional del mismo al amparo del apartado 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, justificando debidamente las circunstancias concurrentes. Esta ampliación de plazos debe ser notificada a los interesados pues, aunque no sea susceptible de recurso, viene impuesto por el principio de seguridad jurídica que éstos conozcan que el transcurso del plazo inicialmente previsto para el dictado y notificación de la resolución no comporta su caducidad. Y debe hacerse antes de que transcurra el plazo para dictar la resolución del procedimiento, pues en caso contrario procederá declarar la caducidad del mismo. Así lo disponen las **SSTS 30 de enero y 19 de marzo (cuatro) 2013, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 6753/2009, 5307/2011, 6529/2009, 5942/2010 y 839/2012**.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: extensión de la servidumbre de protección.

La Disposición Transitoria 9.^a del Reglamento de Costas, en desarrollo de lo establecido en la Disposición Adicional 3.^a.3 de la Ley, señala una anchura de 20 metros para la servidumbre de protección en terrenos clasificados como urbanos a la entrada en vigor de la Ley de Costas. Aun sin dicha clasificación, se asimilan a los mismos las áreas urbanas en las que la edificación estuviese consolidada o los terrenos dispusiesen de los servicios exigidos en la legislación urbanística, que también se benefician de la reducción aludida. En todo caso, será la Administración urbanística competente —la autonómica— la que deberá reconocer estas circunstancias urbanísticas, sin que sea conforme a la norma considerar al Ayuntamiento como instancia competente para certificar la existencia de los servicios dotacionales en una determinada zona: lo que se pretende, en realidad, es valorar un sistema alternativo de clasificación del suelo urbano ya reconocido en el TRLS de 1976. En todo caso, resulta indiferente que la resolución autonómica de reconocimiento sea posterior a la entrada en vigor de la Ley de Costas, pues lo relevante es que la circunstancias fácticas que se reconocen vengan referidas a una momento anterior a dicha entrada en vigor, con independencia de cuándo se declaren (**STS 19 de marzo de 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2659/2010**).

C) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre

a) Concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la legislación anterior

La Disposición Transitoria Segunda.2 de la Ley de Costas permite concluir que no todos los titulares de una concesión de desecación de marismas otorgadas al amparo de la legislación anterior se benefician de una transmutación demanial pues, aunque otorgadas a perpetuidad, no provocarán la transformación del dominio público en propiedad privada cuando lo impida expresamente el propio título o el objeto del mismo sea, además del saneamiento, otra finalidad específica. Esto es lo que sucede en el supuesto sobre el que se pronuncia la

SAN 22 de marzo de 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 169/2011: el título concesional concernido tenía como objeto el saneamiento de los terrenos y la dedicación de los mismos a cultivos agrícolas, perviviendo en este segundo aspecto la relación concesional. A ello se suma la falta de previsión específica sobre la entrega en propiedad de los terrenos afectados —se entrega a perpetuidad, salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero—, por lo que es procedente la declaración de demanialidad de los mismos que realiza el deslinde recurrido, al concurrir en ellos las características físicas que, de conformidad con los criterios de la Ley de Costas, determinan su inclusión en el dominio público marítimo-terrestre.

b) *Las construcciones sin título sobre el demanio costero deberán ser demolidas cuando no quepa su legalización*

Por su parte, la **SAN 15 de marzo de 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 122/2011**, recuerda cómo la Disposición Transitoria 4.^a.1 de la Ley de Costas determina la demolición de las obras e instalaciones previas a su entrada en vigor que no cuenten con la autorización o concesión entonces exigible, salvo que proceda su legalización por razones de interés público. No es este el caso, sin que la legalización desde el punto de vista municipal (licencia de obras) corrija la ausencia del título exigido por la legislación de costas. Tampoco legaliza esas instalaciones la mera tolerancia de la Administración costera a su existencia, puesto que no cabe adquirir el uso privativo del demanio al que habilita el título concesional de otro modo distinto al otorgamiento del mismo: la adquisición de derechos por vía tácita requiere reconocimiento expreso por parte de la legislación sectorial, inexistente en el caso de las costas en coherencia con la imprescriptibilidad propia de su condición demanial.

c) *Transmisión concesional*

Sobre la transmisión concesional se pronuncia el artículo 70.2 de la Ley de Costas, que la prohíbe intervivos y condiciona la mortis causa a la solicitud de los causahabientes en el plazo de un año, so pena de entenderlos renunciados. Este precepto ha sido interpretado por el TS que, a partir de la Sentencia de 28 febrero 2009, considera el derecho a la subrogación como un derecho potestativo para cuyo ejercicio es necesaria una declaración de voluntad unilateral y recepticia de carácter expreso, dirigida en aquel plazo a la Administración. La falta de comunicación de la voluntad de subrogarse determina la extinción de la concesión y la imposibilidad de subrogación posterior.

En el supuesto analizado por la **SAN 5 de marzo de 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 558/2011**, se recuerda esta doctrina que, sin embargo, se articula con la existente en torno a los principios de buena fe y confianza legítima. Conforme a esta última, cabe entender que los poderes públicos no pueden adoptar medidas contrarias a la esperanza inducida en los particulares por la razonable estabilidad de sus decisiones, en función de las cuales han adoptado determinadas decisiones. O dicho de otro modo: la virtualidad de estos principios supone anular los actos de la Administración que alteren las circunstancias habituales y estables sin conocimiento anticipado, medidas transitorias suficientes y proporcionadas, y medidas correctoras o compensatorias. En este caso con-

creto, la Administración costera dictó dos resoluciones, ya firmes, por las que se reconocía el derecho de los demandantes a obtener la transferencia concesional pretendida. Cinco años después dictó nueva resolución, sin tramitar el oportuno procedimiento de revisión de oficio, en sentido contrario, denegando los derechos reconocidos en los pronunciamientos anteriores. En la medida en que este acto atenta a la buena fe y a la confianza legítima que derivan de la doctrina de los actos propios de la Administración, procede declarar su nulidad, ratificando el derecho de los recurrentes a la transmisión de la concesión.

d) Caducidad concesional

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.1.i de la Ley de Costas, será causa de caducidad de la concesión de uso privativo del demanio costero el aumento de la superficie construida, volumen o altura máxima en más del 10% sobre el proyecto autorizado. Este precepto se aplica en el caso enjuiciado por la **SAN de 22 de marzo de 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 215/2011**, declarándose la caducidad del título.

D) Puertos: uso privativo del demanio portuario

a) Dicho uso está sujeto al régimen concesional y a las condiciones particulares establecidas en los títulos

La **STS 1 de abril de 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1021/2010**, reiterando pronunciamientos previos, recuerda el mandato que pende sobre la Administración pública acerca de ordenar y compatibilizar los usos y actividades que pueden desarrollar los particulares en el demanio portuario. Estos usos no solo están sujetos al régimen de autorización previa consustancial a la regulación jurídica de la gestión y utilización del mismo, sino que también han de soportar las limitaciones que establezca la Autoridad portuaria a través de las condiciones particulares, de las que derivan restricciones para todos los interesados en atención a la prevalencia del interés general. Por ese motivo, no considera desproporcionada una cláusula de un pliego de condiciones generales que reserva 50 días al semestre el uso del dominio público portuario para la celebración de eventos náutico-deportivos.

b) La extinción por transcurso del plazo de la concesión de uso justifica el cese de la ocupación y el desahucio de las edificaciones

Por su parte la **STS 12 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 5972/2011**, confirma la denegación de suspensión de diversas resoluciones administrativas por las que se declaraba el cese de ocupación de terrenos de dominio público portuario y el consiguiente desahucio de los bienes ocupados (al haber finalizado el plazo concesional que justificaba la ocupación de estas dependencias), en tanto se resuelve el recurso presentado frente a las mismas. Como señala el Tribunal, las medidas cautelares están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando que el transcurso del tiempo ponga en peligro el cumplimiento de la misma. La doctrina del *periculum in mora* impone la ponderación entre los intereses en presencia, resultando en este caso que el interés público existente —que la autoridad portuaria pueda disponer de los bienes inmuebles

sujetos al dominio portuario— es de mayor intensidad que el privado —la continuidad del disfrute de los bienes por los antiguos concesionarios—, que, en todo caso, no sufre un daño irreversible ni irreparable en el supuesto de que prospere el recurso frente a las resoluciones: podrán recuperar la ocupación material de los bienes si se encuentran vacantes o, en su caso, ser indemnizados económicamente si se encontrasen ocupados por terceros.

- c) *No cabe otorgar concesión para construir y explotar un puerto deportivo mientras no se apruebe el plan de utilización de usos del puerto estatal en que se va a ubicar la instalación*

Finalmente, resulta de interés citar la **STS 17 de abril de 2013, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 6849/2009**. En ella se recuerda que, en los puertos de interés general, corresponde al Estado delimitar las zonas de servicio necesarias para el desarrollo de los usos portuarios a través del plan de utilización de los espacios portuarios. Este plan, a la vez que procede a dicha delimitación, asigna los usos que corresponden a las diferentes áreas o espacios, por lo que su aprobación condiciona la suerte de las concesiones correspondientes, tanto presentes como futuras. Por esta razón, no resulta conforme a derecho otorgar un título concesional que permita la construcción y explotación de un puerto deportivo en la zona de servicio cuando todavía está en fase de proyecto el plan que regirá la ubicación de las infraestructuras e instalaciones portuarias. De admitirse, se impondría al futuro plan la atribución de un determinado uso a un espacio cuyo destino él mismo debe señalar.

4. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

- a) *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 **dos sentencias de 2 de enero de 2013 (NR 5063/2010 y 1678/2011)**. En igual sentido **dos sentencias de la Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2012 (NR 432/2011 y 496/2011)** y otra de **11 de febrero de 2013 (NR 565/2011)**.

- b) *Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación*

La **sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2012 (NR 562/2011)** desestima el recurso interpuesto en el que la demandante manifestaba su oposición a que se le cobrase en función del volumen concedido, cuando había utilizado otro mucho menos. La sala no tiene más que reproducir los esquemas tradicionales sobre las características básicas de estas tasas.

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. La Audiencia Nacional continuaba desestimando los recursos deducidos por los usuarios [cfr. **Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2012 (NR 463/2011)**], pero finalmente ha modificado su doctrina, como se puede observar en las **sentencias de 14 de enero de 2013 (NR 340/2011)**, **25 de febrero de 2013 (NR 348/2011)** o **25 de marzo de 2013 (NR 450/2011)**.

Otro punto relevante en el campo de la cuantificación de estas tasas es el relativo a la posibilidad de incluir entre los gastos anuales y, por lo tanto, repercutir sobre los usuarios, el IBI correspondiente a las obras hidráulicas. Trata de ello la antes reseñada **sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de enero de 2013 (NR 340/2011)**. La sala se va a oponer al traslado del coste del IBI a través de los cánones y tarifas, negando que el artículo 63.2 del TRLHL, que contempla la repercusión de este tributo sobre quienes hagan uso mediante contraprestación de los bienes demaniales, sea un argumento implícito a favor de las tesis de los organismos de cuenca. Dice la Audiencia Nacional:

«Esto supone que el IBI no se considere como gasto de conservación, ya que existe una partida contable expresa para el mismo, y supone que tampoco se considere un gasto de funcionamiento, pues no resulta necesario para que el embalse cumpla su función. En conclusión, cabe considerar improcedente la inclusión del IBI como gasto de conservación y funcionamiento del embalse ni dentro de la base de cálculo de la presente tasa, puesto que lo contrario sería una interpretación extensiva que no procede en el ámbito del derecho tributario. En el mismo sentido, y para descartar la subsunción del IBI dentro de los gastos de funcionamiento y conservación, de ha de interpretarse el precepto de la Ley General Presupuestaria en que se apoya el TEAC para considerar que “debe incluirse el pago del IBI (...) entre los gastos corrientes, como partida de los gastos de funcionamiento...”».

Aparte de todo ello, el tribunal saca a colación una «Circular de la Dirección General del Agua sobre Homogeneización de Criterios en la Gestión del Canon de Regulación y las Tarifas de Utilización del Agua en Cuencas Intracomunitarias», de 1 de septiembre de 2011, aportada por la demandante, en la que se puso de manifiesto la coexistencia de una diversidad de criterios entre los diversos organismos de cuenca en la elaboración y gestión del canon y de las tarifas y sus negativos efectos [«... parece que en cierta medida esta situación resulte poco deseable, pudiéndose dar lugar a posibles agravios entre la ciudadanía, o a alguna situación con aparente falta de garantía jurídica»], estableciendo entre otras instrucciones, la de «No repercutir en el canon de regulación los importes de IBI correspondientes a los embalses». En igual sentido las **sentencias de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2013 (NR 348/2011)** y **25 de marzo de 2013 (NR 450/2011)**.

Otra **sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2013 (NR 9/2012)** aborda la espinosa cuestión del reparto de las bases de la tasa entre usos cuando se trata de obras multifuncionales, lo que nos remonta a las tablas de equivalencias a que se refiere el RDPH. Los recurrentes señalan la discriminación que se determina sobre los usos de

abastecimiento, que se terminan haciendo cargo de costes de inversión de obras destinadas a usos de riego. La sala desestimará el recurso en este extremo. Aparte de las dificultades procedimentales que tienen que ver con tablas nunca publicadas —es posible que un recurso contra las liquidaciones de cánones y tarifas no sea la vía para combatirlas—, el tribunal emplea algunos curiosos argumentos de fondo, que van desde el sometimiento de los embalses al IBI y en particular al IBI «urbano» (argumento que no puede ser más inconsistente y que no entraré en él), como el sometimiento de los usuarios agrícolas tanto a la tarifa de utilización del agua como al canon de regulación (como si los usuarios de abastecimiento no pudieran estar igualmente sometidos).

c) Imposición y ordenación

Uno de los asuntos que genera litigios con más frecuencia es el de la fecha límite para aprobar los cánones y tarifas, con acusaciones frecuentes de retroactividad intolerable.

En el período de análisis, el **TSJ de Extremadura** ha seguido estimando recursos por causa de la retroactividad del acuerdo de imposición, en relación con acuerdos adoptados en el año de devengo o fuera incluso del año de la campaña. Cfr. las **sentencias de 8 y 12 de febrero de 2013 (NR 148/2011 y 234/2011)**.

B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja

a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas

La naturaleza jurídico-financiera de la aportación de los consumidores por la distribución de agua —tasas, precios. Tarifas— ha sido un tema de cierta moda, vinculado a la evolución jurisprudencial y a algunos cambios legales. Acostumbramos a comentar sentencias en las que se discute la legalidad del tipo de aportación escogido. Emparentado con este asunto es el objeto resuelto por la **sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 28 de diciembre de 2012 (NR 1435/2010)**, en la que se discute el cambio del modelo de gestión del servicio de abastecimiento de agua, que pasa desde uno municipalizado a otro de empresa mixta. La sentencia es mucho más rica en temas y matices, pero uno de los puntos importantes es el económico-financiero. Aunque el fallo es estimatorio, lo es por la afección que suponía a otros municipios que, sin embargo, no habían tenido la oportunidad de participar. Todos los demás elementos que introducen los reclamantes serán rechazados.

Aunque la inclusión del tema objeto de la sentencia que se comenta a continuación en este epígrafe es un poco forzada, comentaré aquí y ahora la **sentencia del TSJ de Galicia de 6 de febrero de 2013 (NR 15090/2012)**. Como se sabe, la prestación del servicio se realiza con frecuencia a través de mancomunidades o consorcios. En esta sentencia se discute la legitimación del alcalde de unos de los municipios mancomunados, a título particular, para recurrir la Ordenanza Fiscal de la tasa de abastecimiento aprobada por la mancomunidad, de la que son sujetos pasivos los respectivos Ayuntamientos. La sala se la va a negar, dado que la Ordenanza no afecta a los intereses de las «personas físicas», sino a los de los Ayuntamientos que la integran y sólo los Ayuntamientos a través de sus representantes contarían con legitimación para recurrirla.

C) Otro dominio público estatal

a) Tasas por reserva del espacio radioeléctrico

En medio de tantos conflictos relacionados con las empresas de telefonía móvil y el dominio público local, aparecen importantes sentencias que resuelven conflictos sustanciados por las mismas empresas en relación con la tasa por reserva del espacio radioeléctrico estatal, referidas a liquidaciones altamente millonarias. Es el caso de la **sentencia del TS de 11 de abril de 2013 (NR 4988/2006)**, desestimatoria del recurso de casación deducido por Telefónica. La muy larga sentencia tendría, en cuanto al fondo, dos partes bien diferenciadas. De un lado, rechaza la vulneración del Derecho comunitario, de manera que ni se aplica directamente la directiva por encima de la ley nacional, ni se plantea cuestión prejudicial. De otro lado, rechaza la vulneración de la Constitución, en cuanto a los principios de seguridad jurídica, reserva de ley y capacidad económica, evitando el planteamiento de cuestión de constitucionalidad.

D) Dominio público local

a) Tasas por utilización del dominio público local: exenciones

La **sentencia del TSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2012 (NR 876/2012)** desestima el recurso interpuesto por el Ministerio de Defensa en relación con la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local, por reserva permanente para el estacionamiento de vehículos en la vía pública, en lo que concierne al Museo del Ejército, en el entendimiento de que no puede interesar de manera inmediata «a la defensa nacional».

*b) Tasas por utilización del dominio público local:
la cuestión del transporte de energía eléctrica*

Fuera de los cientos de sentencias relativas a la utilización del dominio público local por los operadores de telefonía móvil aparecen interesantes sentencias sobre asuntos que guardan importante parentesco. Es el caso de la **sentencia del TSJ de Cataluña de 8 de noviembre de 2012 (NR 442/2011)**, relativa a la Ordenanza Fiscal correspondiente a una tasa por utilización del dominio público local, por el transporte de energía eléctrica. Se trata de tasas cuyo sujeto pasivo prácticamente único es Red Eléctrica Española y la tasa se viene a calcular también aplicando un porcentaje sobre el importe de los ingresos territorializados de la empresa. La sala rechaza las invocadas vulneraciones de la Constitución y del Derecho comunitario, para detenerse en el análisis de los diversos elementos de la Ordenanza —todos y cada uno—, y su conexión con el TRLHL. La sala salva la práctica totalidad de los elementos de la Ordenanza, con excepción de una consideración menor referida a la cuantificación (sobre la longitud de las líneas), que no supone la anulación completa de la misma. Si bien la sala reconoce que con la actual LJ no se puede expresar en la sentencia la forma en la que han de quedar redactadas las Ordenanzas, dice que ello no ha de obstar a declarar la necesidad de aquellas modificaciones que, o bien sean indispensables para la comprensión del texto no anulado, o bien respondan a la corrección de errores materiales. No deja de ser una salida, pero no estoy muy seguro de que cuadre con la LJ y con el TRLHL.

E) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

a) *Dominio público-hidráulico*

En los últimos meses el **Tribunal Supremo** está resolviendo decenas de recursos de casación interpuestos por titulares catastrales de bienes inmuebles catalogados como BICES. Valga como ejemplo la **sentencia de 26 de diciembre de 2012 (NR 2939/2010)**, que declara no haber lugar al interpuesto por una compañía eléctrica en relación con un embalse. No es la primera vez que le llegan al Alto Tribunal recursos de estas características y por ello cuenta con precedentes que invocar. Las compañías tratan de agotar todos los argumentos posibles, incluyendo la ilegalidad de la normativa reglamentaria del catastro y la inconstitucionalidad de la legal. Se invocan en particular —con escaso éxito— los principios de justicia tributaria y el principio de reserva de ley.

b) *Universidades*

En relación más inmediata con el IBI está la **sentencia del TS de 13 de diciembre de 2012 (NR 4765/2010)**, mediante la cual se desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Cerdanyola del Vallés contra la sentencia del TSJ de Madrid que negó la solicitud de compensación por la disminución de ingresos derivada de la aplicación de beneficios fiscales en el IBI a favor de la Universidad Autónoma de Barcelona. No sólo se respalda la tesis del tribunal *a quo* sobre el origen del beneficio fiscal concreto —anterior a la propia LHL—, sino que, siguiendo la doctrina jurisprudencial, se acotan mucho los posibles efectos del precepto de la LHL que regula las compensaciones estatales por beneficios fiscales en los tributos locales.

F) Impuesto de Construcciones, Instalaciones y obras

a) *Bienes públicos*

Son numerosos los conflictos abiertos por obras de las que son dueñas otras administraciones distintas del ayuntamiento impositor, a la vista de los resquicios legales en materia de no sujeción, exención, determinación de la base imponible y bonificaciones.

En primer lugar, el **TSJ de Madrid** rechaza, mediante **sentencia de 13 de febrero de 2013 (NR 890/2012)**, la no sujeción al impuesto de las obras de un centro de formación integrado, aunque la pretensión de los recurrentes de que se trataba de una obra que no precisaba de licencia, por tratarse de una obra «de ordenación del territorio».

En el ámbito de las bonificaciones por obras de excepcional interés, el **TSJ de Valencia**, mediante **sentencia de 6 de noviembre de 2012 (NR 12/2012)**, reconoce la bonificación respecto de la construcción de un centro de enseñanza pública, aun cuando en la actuación la Comunidad Autónoma había interpuesto una sociedad anónima de capital público. La Ordenanza limitaba la bonificación a las obras cuyos dueños fueran entidades de derecho público, fundaciones o asociaciones sin fines lucrativos. Aunque la constructora recurrente vence en el proceso, lo hace por causas procesales. En cuanto al fondo, el TSJ rechaza una interpretación amplia del requisito subjetivo de la Ordenanza y ratifica la capacidad de la Ordenanza para determinar los presupuestos de la bonificación.

Es desestimatoria, por el contrario, la **sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2013 (NR 890/2012)**, vista *supra*, en relación con las obras de un centro de formación integrado. La sala examina la redacción de la ordenanza y concluye que la exigencia de que la construcción se establezca en parcelas que el Plan General destine de forma cualificada a los usos protegidos (en este caso, al uso dotacional), no se da. Todo ello sin perjuicio de la estimación parcial por motivos exógenos a los que puede condicionar el carácter público de la obra.

También es contraria a los intereses del sujeto pasivo la **sentencia del TSJ de Baleares de 28 de febrero de 2013 (NR 355/2012)**, referida a un hospital construido a través de fórmulas concesionarias, confirmando que carece de interés municipal en el sentido propio de la Ordenanza.

ELOY COLOM PIAZUELO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
BEATRIZ SETUAIN MENDIA
PATRICIA VALCÁRCEL.
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE

SUMARIO

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA.
 - A) **Conservación de los hábitats naturales y evaluación de impacto ambiental. Criterios para evaluar la probabilidad de que un plan o proyecto cause perjuicio a la integridad del lugar. Aplicación del principio de cautela (precaución). Directiva 92/43/CEE.**
 - B) **Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos en el medio ambiente. Obras de ampliación de la infraestructura de un aeropuerto. Examen mediante umbrales o criterios: los establecidos por la legislación nacional no garantizan la protección del medio ambiente. Efecto directo de la Directiva 85/337/CEE.**
 - C) **El concepto de «coste no prohibitivo» de los procedimientos judiciales. Convenio de Aarhus, artículo 10 bis de la Directiva 85/337/CEE y artículo 15 bis de la Directiva 96/61/CEE, ambos modificados posteriormente. Criterios para determinar el concepto de coste no prohibitivo por los tribunales nacionales.**
2. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) **Adecuación a la Constitución de la transposición al derecho interno de la Directiva Marco de Aguas.**
 - B) **Falta de adecuada evaluación ambiental por insuficiencia de las medidas correctoras propuestas en la Declaración de Impacto Ambiental y anulación consiguiente de ésta, del Anteproyecto y del Proyecto de ejecución de una presa (Mularroya).**
3. AGUAS MARÍTIMAS.
 - A) **Competencias concurrentes sobre el demanio costero.**
4. ESPACIOS NATURALES.
 - A) **La certificación sobre afección de un proyecto de abastecimiento de aguas a la conservación de la diversidad biológica en la Red Natura 2000 está amparada por la competencia sustantiva estatal, y no por las competencias autonómicas de gestión de espacios naturales.**
5. MONTES.
 - A) **La prohibición del cambio de uso forestal de terrenos incendiados y de la circulación de vehículos a motor por pistas forestales entran dentro de las competencias básicas del Estado y no vulneran las competencias autonómicas de desarrollo.**

- B) El elevado tiempo de recuperación de la masa forestal justifica el carácter de muy grave de la infracción cometida, y por tanto la obligación de restaurar el daño causado y de abonar un importe en concepto de perjuicios al monte.**
6. AUTORIZACIÓN AMBIENTAL INTEGRADA.
- A) La Administración autonómica no puede fijar condiciones adicionales de protección en una autorización ambiental integrada.**
7. CONTAMINACIÓN ELECTROMAGNÉTICA.
- A) Los municipios no ostentan ninguna competencia, ni urbanística ni sanitaria, para alejar las antenas de telefonía móvil de los lugares especialmente sensibles, quedando dicha cuestión reservada exclusivamente al Estado en virtud de su competencia técnica.**
8. FISCALIDAD AMBIENTAL.
- A) Tributos estatales en materia de aguas.**
- a) Canon de control de vertido: cuantificación.
- B) Tributos autonómicos en materia de aguas.**
- a) Constitucionalidad de los tributos.
b) Cuantificación de los tributos.
- C) Impuestos estatales sobre la energía.**
- a) Impuesto sobre Hidrocarburos.
- D) Fiscalidad sobre la actividad nuclear.**
- a) Impuesto sobre actividades que inciden en el medio ambiente de Castilla-La Mancha.
- E) Tributos sobre residuos.**
- a) Tasas municipales por recogida de basuras.
- F) Otros tributos autonómicos ambientales.**
- a) Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente.
-

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- A) Conservación de los hábitats naturales y evaluación de impacto ambiental. Criterios para evaluar la probabilidad de que un plan o proyecto cause perjuicio a la integridad del lugar. Aplicación del principio de cautela (precaución). Directiva 92/43/CEE**

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 11 de abril de 2013, asunto C-258/11, Peter Sweetman y otros/An Bord Pleanála, resuelve una decisión prejudicial

planteada conforme al artículo 267 TFUE por la Supreme Court (Irlanda). La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (Directiva hábitats en adelante).

La problemática se plantea cuando con fecha 20 de noviembre de 2008 un órgano irlandés llamado An Bord decidió autorizar el proyecto de carretera N6 de circunvalación de la ciudad de Galway. Una parte de la carretera debía atravesar el Lugar de Importancia Comunitaria denominado Lough Corrib. Dicho proyecto supondría la pérdida de 1,47 ha del pavimento calcáreo del LIC que era una de las principales razones de protección. En la fecha en que el An Bord adoptó su decisión el LIC había sido propuesto por Irlanda a la Comisión aun cuando todavía no había tenido lugar su clasificación, lo que sucedió un mes más tarde (12 de diciembre de 2008). Tras una serie de avatares procesales en el recurso que el Sr. Sweetman interpuso contra la decisión autorizatoria del An Bord, el asunto llegó a la Supreme Court que con fecha 13 de mayo de 2011 formuló una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal Superior de Justicia.

En lugar de reproducir sus preguntas, vamos a ir estableciendo la doctrina que sienta el Tribunal de Justicia sobre los problemas planteados.

En primer lugar y en relación a su competencia el Tribunal recuerda doctrina ya establecida acerca de que los Estados deben proteger los LIC a partir del momento en que los proponen a la Comisión y sin esperar a la decisión clasificatoria de ésta, todo en función de lo previsto en el artículo 4.1 de la Directiva hábitats. Ello quiere decir que en este caso se está ante aplicación de derecho europeo y, por tanto, es competencia del Tribunal de Justicia.

A partir de ello se entra en el fondo del asunto, es decir sobre la interpretación del artículo 6.3 de la Directiva hábitats que prevé la realización de una evaluación de impacto ambiental cuando se esté ante las repercusiones de un plan o proyecto en un lugar protegido cuanto existe una probabilidad de que dicho plan o proyecto afecte de manera apreciable a ese lugar. Ello deberá tener lugar cuando el plan o proyecto pueda afectar a ese lugar de forma apreciable, lo que deberá decidirse a la luz de las características y condiciones ambientales específicas del lugar y del plan o proyecto (punto 30 de la Sentencia). El punto 40 de la Sentencia resume perfectamente el proceso discursivo del Tribunal:

«En consecuencia, la autorización de un plan o de un proyecto, en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitats, sólo puede concederse si, una vez identificados todos los aspectos de dicho plan o proyecto que, por sí solos o en combinación con otros planes o proyectos, puedan afectar a los objetivos de conservación del lugar en cuestión, y a la luz de los mejores conocimientos científicos en la materia, las autoridades competentes se han cerciorado de que no producirá efectos perjudiciales para la integridad del lugar de que se trate. Así sucede cuando no subsiste ninguna duda razonable, desde un punto de vista científico, sobre la inexistencia de tales efectos».

Otra cuestión que se planteaba era la aplicación a este supuesto del principio de cautela (precaución), cuestión que es resuelta de forma positiva en el punto 41 de la Sentencia que también reproducimos a continuación:

«A este respecto procede señalar que, dado que la autoridad competente debe denegar la autorización del plan o del proyecto considerado cuando haya incertidumbre sobre la inexistencia de efectos perjudiciales para la integridad del lugar, el criterio de autorización previsto en el artículo 6 apartado 3, segunda frase, de la Directiva sobre los hábitats incluye el principio de cautela y permite evitar de manera eficaz cualquier perjuicio que los planes o proyectos previstos puedan causar a la integridad de los lugares protegidos. Un criterio de autorización menos estricto que el controvertido no puede garantizar de una forma igualmente eficaz la consecución del objeto de dicha disposición relativo a la protección de los lugares».

El Tribunal, a continuación, resume los objetivos de la evaluación que debería practicarse y con la referencia a la «duda científica razonable» vuelve a traer sobre la mesa el argumentario propio del principio de cautela. Es el punto 44 de la Sentencia:

«En cuanto a la evaluación efectuada en cumplimiento del artículo 6 apartado 3, de la Directiva sobre los hábitats, ha de precisarse que no debe presentar lagunas y que ha de contener constataciones y conclusiones completas, precisas y definitivas que puedan disipar cualquier duda científica razonable sobre los efectos de las obras previstas en el lugar protegido de que se trate...Corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si la evaluación de las repercusiones en el lugar cumple estas exigencias».

En consecuencia, debe realizarse la evaluación y si tras ella, aun siendo negativa, procede autorizar la construcción de la carretera, ello podrá hacerse en las condiciones que fija el mismo artículo 6 de la Directiva, pero no puede procederse a esa autorización «extraordinaria» sin que se haya realizado la evaluación de impacto ambiental.

B) Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos en el medio ambiente. Obras de ampliación de la infraestructura de un aeropuerto. Examen mediante umbrales o criterios: los establecidos por la legislación nacional no garantizan la protección del medio ambiente. Efecto directo de la Directiva 85/337/CEE

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 21 de marzo de 2013, asunto C-244/12, Salzburger Flughafen GmbH/Umweltsenat, resuelve una decisión prejudicial planteada conforme al artículo 267 TFUE por el Verwaltungsgerichtshof (Austria) mediante resolución de 19 de abril de 2012. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en relación con la obligación, o no, de someter a evaluación de impacto ambiental determinados proyectos de ampliación de la infraestructura del aeropuerto de Salzburgo (Austria).

La construcción de aeropuertos o su modificación ha estado presente en diversas sentencias del Tribunal de Justicia que se han comentado en esta Revista. La Sentencia que ahora nos ocupa recuerda todas ellas.

El supuesto de hecho de esta Sentencia es la existencia de un aeropuerto en Salzburgo cuya pista de aterrizaje supera los 2.100 metros. El 30 de julio de 2002, la Sociedad explotadora (mencionada en el primer párrafo de estos comentarios) solicitó permiso para construir una terminal adicional, lo que se le autorizó por la autoridad competente el 2 de abril de 2003. La terminal fue construida entre 2003 y 2004 estando en funcionamiento desde entonces.

En 2004 la sociedad explotadora presentó nuevas solicitudes para ampliar la infraestructura aeroportuaria. Se trataba de construir unos almacenes, ampliación del aparcamiento y zonas de estacionamiento para aeronaves, hangares...

Sobre estas peticiones el servicio regional (del Land) competente en materia de medio ambiente solicitó al Gobierno del Land que exigiera un estudio de impacto ambiental tanto en relación a la terminal adicional como sobre estas nuevas construcciones. La oficina del Gobierno del Land denegó esta petición por lo que el servicio regional recurrió al Umweltssenat (órgano administrativo de apelación competente en materia medioambiental) quien estableció que en los dos casos era necesaria una evaluación de impacto ambiental. El Umweltssenat estableció en su respuesta que aun cuando la legislación nacional no exigía tal evaluación porque ésta solo era necesaria cuando se superara el umbral establecido en un incremento del número de operaciones aéreas en un mínimo de 20.000, dicha normativa llevaba a cabo la transposición de la Directiva 85/337/CEE de un modo imperfecto.

Esto fue impugnado por la sociedad explotadora ante el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo) que planteó petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. No vamos a reproducir aquí las razones y las concretas preguntas planteadas por este Tribunal sino que las mismas se deducirán de la respuesta del Tribunal de Justicia.

La cuestión básica planteada es si el derecho nacional, que en este caso solo prevé evaluación de impacto ambiental cuando el número de operaciones aéreas se va a incrementar por encima de las 20.000 anuales, se opone a la Directiva 85/337/CEE. La respuesta del Tribunal va a ser plenamente positiva. Recordará, así, que conforme a la jurisprudencia establecida los Estados tienen un margen de apreciación en la apreciación de los umbrales que fijan en relación a los proyectos del anexo II de la Directiva 85/337/CEE, pero que éstos umbrales están destinados a facilitar la apreciación de las características concretas de un proyecto, para determinar si está sujeto a la obligación de evaluación, y no a eximir anticipadamente por completo de esta obligación a determinados proyectos. Y este umbral establecido por la legislación austríaca es incompatible con la obligación general prevista en el artículo 2.1 de la Directiva a los efectos de identificar correctamente los proyectos que pueden tener efectos significativos en el medio ambiente (puntos 30 y 31 de la Sentencia).

Igualmente éste es un umbral puramente cuantitativo, que no tiene en cuenta otros criterios de selección de los establecidos en el Anexo III de la Directiva, como pueda ser la localización geográfica. Y en este caso debe tenerse en cuenta la densidad demográfica de la zona afectada por el proyecto, pues el aeropuerto se ubica en las proximidades de la ciudad de Salzburgo (punto 35).

En el caso concreto, además, deben tenerse en cuenta, acumulativamente, los efectos de la construcción de la terminal adicional en 2003 y 2004 y los de las nuevas construc-

ciones que se quieren llevar a cabo ahora, todo ello para evitar la técnica, prohibida, del fraccionamiento de proyectos (punto 37).

Finalmente se establece el efecto directo de la Directiva 85/337/CEE (en concreto de los artículos 2.1 y 4.2 a) y 3) lo que implica que las autoridades nacionales competentes deben garantizar que se examine en primer lugar si los proyectos de que se trata pueden tener repercusiones importantes en el medio ambiente y, en caso afirmativo, que se efectúe a continuación una evaluación de tales repercusiones (punto 48).

C) El concepto de «coste no prohibitivo» de los procedimientos judiciales. Convenio de Aarhus, artículo 10 bis de la Directiva 85/337/CEE y artículo 15 bis de la Directiva 96/61/CEE, ambos modificados posteriormente. Criterios para determinar el concepto de coste no prohibitivo por los tribunales nacionales

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 11 de abril de 2013, asunto C-260/11, Pallikaropoulos (y otro)/Environment Agency y otros, resuelve una decisión prejudicial planteada el 17 de mayo de 2011 conforme al artículo 267 TFUE por la Supreme Court of the United Kingdom (Reino Unido). La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 10 bis de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y del artículo 15 bis, párrafo quinto, de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, en sus versiones modificadas posteriormente.

El problema reside en que después de haber seguido el procedimiento judicial correspondiente en los recursos que primero inicia un recurrente y luego continúa la Sra. Pallikaropoulos tras la aprobación de la construcción de una fábrica de cemento, se plantea la fijación de las costas judiciales dada la inadmisión, por infundado, del recurso de casación presentado definitivamente por la recurrente. Las costas que aparecen en el procedimiento son muy elevadas (casi 100.000 libras esterlinas) contra lo que reacciona la sra. Pallikaropoulos lo que determina la presentación de la petición de decisión prejudicial por parte de la Supreme Court of the United Kingdom (que sucede en sus competencias a la Cámara de los Lores desde el 1 de octubre de 2009, siendo esta Cámara quien había iniciado el procedimiento de fijación de costas).

Hay distintos preceptos que se refieren a la tasación de costas en procesos relativos al medio ambiente. Así, el apartado 8.3 del Convenio de Aarhus (aprobado en nombre de la Comisión Europea mediante la Decisión 2005/370/CE del Consejo) indica que: «Cada Parte velará porque las personas que ejerzan sus derechos de conformidad con las disposiciones del presente Convenio no se vean en modo alguno penalizadas, perseguidas ni sometidas a medidas vejatorias por sus actos. La presente disposición no afectará en modo alguno al poder de los tribunales nacionales *de imponer costas en una cuantía razonable* al término de un procedimiento judicial» (el resalte tipográfico es nuestro).

El último párrafo del artículo 10 bis de la Directiva 85/337 y lo mismo de la Directiva 96/61 dice así: «Todos y cada uno de los procedimientos de recurso anteriormente enunciados serán justos y equitativos, estarán sometidos al criterio de celeridad y *no serán excesivamente onerosos*» (el resalte tipográfico es nuestro).

El derecho inglés relativo al procedimiento a seguir ante la Supreme Court solo se refiere a que la apreciación detallada de las costas se realizará por dos oficiales tasadores de costas, pero sin entrar en el fondo de su decisión.

La Supreme Court en el planteamiento de su decisión prejudicial estimó que la Cámara de los Lores no había examinado la cuestión de si la condena de la sra. Pallikaropoulos el pago de las costas de las partes recurridas era contraria a las Directivas nombradas.

El Tribunal de Justicia debe examinar, por tanto, el contenido del concepto procedimiento «no excesivamente oneroso». Lo fundamental de su argumentación consiste en lo siguiente:

En primer lugar establece que el carácter prohibitivo de los gastos excesivamente onerosos debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los gastos soportados por la parte interesada (punto 28). Igualmente y como las Directivas mencionadas no remiten al derecho nacional para la fijación de este concepto, ello lleva como consecuencia que la interpretación de su sentido debe ser hecha en toda la Unión Europea de una manera autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objeto perseguido (punto 29) y que ello no debe depender únicamente del derecho nacional (punto 30).

En ese sentido hay que tener en cuenta que las Directivas mencionadas persiguen facilitar al público interesado «un amplio acceso a la justicia» y que ese objetivo forma parte más ampliamente de la voluntad del legislador de la Unión de preservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente y de hacer que el público desempeñe un papel activo a tal fin (puntos 31 y 32 de la Sentencia). También ello debe relacionarse con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como del principio de efectividad, según el cual la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (punto 33).

Y en cuanto a los criterios con que el juez nacional debe operar a partir de todo lo anterior, se indica que se debe tener en cuenta la capacidad económica del interesado, pero no sólo ello, sino que debe basarse en un análisis objetivo de la cuantía de las costas, única forma en la que los particulares y las asociaciones podrán desempeñar un papel activo en la defensa del medio ambiente. Eso quiere decir que el coste de un procedimiento no debe resultar «objetivamente irrazonable» (punto 40).

También puede tener en cuenta el juez la situación de las partes, la importancia que para éstas y la protección del medio ambiente tiene el objeto del proceso, la complejidad del Derecho y el procedimiento aplicables, así como el posible carácter temerario del recurso (punto 42). Igualmente la existencia, o no, de un sistema nacional de asistencia jurídica gratuita o de un régimen de protección en materia de costas (punto 46).

2. AGUAS CONTINENTALES

A) Adecuación a la Constitución de la transposición al derecho interno de la Directiva Marco de Aguas

La **STC 36/2013, de 14 de febrero** (BOE de 12 de marzo), resuelve el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla-La Mancha en relación al artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, precepto mediante el que se llevó a cabo la transposición, modificando el Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (TRLA en adelante), de la Directiva 2000/60/CE, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DMA en adelante).

El impugnante aducía, en primer lugar, que la transposición se había llevado a cabo en una Ley de las llamadas de «acompañamiento», Leyes que solían recibir en la época de formulación del recurso de inconstitucionalidad, un tipo de reproches parecido al de las Leyes de Presupuestos que en la década de los ochenta del pasado siglo, solían ser una agrupación de modificaciones de muy distintos textos normativos, cuestión que cortó el TC declarando inconstitucional esta práctica en unas determinadas circunstancias. Sin embargo, en la época en la que se resuelve el conflicto, el TC ha dictado su Sentencia 136/2011, de 13 de septiembre, en la que se ha establecido la adecuación a la CE, en principio, de este tipo de leyes de acompañamiento por no violentar el principio de seguridad jurídica (FJ 9). Ello ocasiona que esta argumentación del impugnante sea rechazada.

Tampoco el hecho de que el artículo 129 fuera introducido por enmienda en el Senado con lo que se obvió el dictamen del Consejo de Estado, merece reproche al TC puesto que «ni la Constitución, ni los Reglamentos parlamentarios, ni la Ley Orgánica del Consejo de Estado, prevén la necesidad de dictamen de este órgano consultivo en el trámite de enmiendas, por lo que no cabe admitir que se entienda contraria al bloque de constitucionalidad una enmienda que ha previsto la transposición de una Directiva comunitaria sin el citado dictamen siguiendo el procedimiento legislativo legalmente previsto (FJ 4).

También reprochaba el impugnante que el artículo 129 de la Ley 62/2003 procedía a modificar el TRLA sin identificar cuáles de las normas introducidas eran básicas. El TC rechaza el argumento que, dice, sería aplicable «a la entera legislación de aguas», recordando que ya la STC 227/1988 calificó de operación especialmente ardua la determinación del esquema competencial aplicable en materia de aguas, y que no puede hacerse un reproche constitucional sólo porque no se indique el título legitimador de las nuevas normas introducidas (FJ 5).

También y en el plano de lo formal, se indica que la interpretación jurídica de los diversos preceptos del TRLA reformado, habrá de tener en cuenta la interpretación que de dichos preceptos —en su redacción original— hizo la STC 227/1988 (FJ 6).

Por otra parte no se aprecia vicio de inconstitucionalidad en la remisión reglamentaria que dos nuevos preceptos (el artículo 92. ter apartado 1 relativo a la protección ambiental de las aguas y la disposición adicional duodécima sobre plazos para la participación pública) hacen. El TC dice que esas disposiciones están habilitadas por lo que indica el

artículo 149.1.18 CE «sin perjuicio de advertir que nada impide, llegado el caso, el planteamiento de un conflicto de competencias en caso de estimarse que el Gobierno, al dictar la correspondiente norma reglamentaria en virtud de esta remisión, hubiera incurrido en extralimitación competencial» (FJ 7).

También el impugnante reprocha exceso competencial al órgano denominado «Comité de autoridades competentes» y que se introduce en el artículo 36 bis del TRLA. El impugnante considera crítica la forma en que se prevé la participación en este Comité de autoridades locales y de las CCAA y que, en los términos del precepto, hace referencia a quienes tengan «competencias sobre la protección y control de las aguas». Igualmente indica que al referirse a que la participación de las entidades locales se articulará sobre las correspondientes federaciones territoriales de municipios, se está restringiendo las facultades legislativas de las CCAA en materia de régimen local. El Tribunal rechaza la argumentación indicando que es legítimo que el legislador se haya decidido por articular la representación a través de estas federaciones, y que las mismas pueden servir también para llevar la voz de comarcas o entidades metropolitanas pues, a fin de cuentas, estas están formadas por Municipios. Por otra parte se indica que las CCAA estarán representadas en este órgano propio de las demarcaciones hidrográficas de competencia del Estado, a través de los órganos que ejerzan esa competencia de protección y control de las aguas (FJ 8).

Finalmente se considera también adecuado el mecanismo de imputación de responsabilidad que establece el artículo 121 bis del TRLA y que se enmarcaría plenamente en la línea de otros preceptos semejantes que prevén la posibilidad de repercutir en las CCAA las sanciones de que sea objeto el Reino de España por incumplimiento de las Administraciones públicas competentes en cada demarcación hidrográfica cuando incumplieran los objetivos ambientales presentes en la planificación hidrológica. Aquí se cita la STC 198/2011, de 13 de diciembre, relativa a la legislación de estabilidad presupuestaria de 2001, que contenía precepto semejante al del TRLA, y en donde el TC estableció la legitimidad de la competencia del Estado no sólo de establecer los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa europea sino también «los sistemas de compensación interadministrativa de la responsabilidad financiera que pudiera generarse para el propio Estado en el caso de que dichas irregularidades o carencias se produjeran efectivamente y así se constatará por las instituciones comunitarias (FJ 9).

B) Falta de adecuada evaluación ambiental por insuficiencia de las medidas correctoras propuestas en la Declaración de Impacto Ambiental y anulación consiguiente de ésta, del Anteproyecto y del Proyecto de ejecución de una presa (Mularroya)

La STS de 5 de febrero de 2013 (recurso de casación núm. 5270/2009), va a confirmar la previa Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de junio de 2009, que anuló una Resolución de la Secretaría General de Medio Ambiente del Ministerio de Medio Ambiente de 25 de noviembre de 2003, por la que se formula la Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto de la Presa de Mularroya, otra de 2 de diciembre de 2003, de la Dirección General de Obras Hidráulicas y de Calidad de las Aguas del Ministerio de Medio Ambiente, por la

que se aprobó el anteproyecto 04/03 de la Presa de Mularroya, azud de derivación y conducción del trasvase y, finalmente, la de 24 de febrero de 2005 dictada por la Ministra de Medio Ambiente, por la que se adjudica el concurso del Proyecto de ejecución de las obras de la Presa de Mularroya, azud de derivación y conducción del trasvase. Posteriormente a la interposición del recurso, también se formuló impugnación contra la resolución de la Dirección General del Agua del Ministerio de Medio Ambiente, de fecha 23 de febrero de 2007, que aprobó el Proyecto 04/06, de construcción de la Presa de Mularroya, azud de derivación y conducción del trasvase, que como las tres anteriores también fue anulada por la Sentencia de la Audiencia Nacional citada.

La razón de ser de la anulación de esas resoluciones es que la Declaración de Impacto Ambiental no tuvo en cuenta la forma de evitar las afecciones que por la actuación se causaban en diversos espacios naturales incluidos en la Red Natura 2000 (como ZEPA, LIC o IBA). De tal forma que aun teniendo en cuenta las afecciones que se causaban, las medidas correctoras contenidas en la DIA no eran suficientes para compensar dichas afecciones. Repasando pronunciamientos de la Sentencia de la AN, la del TS recuerda cómo se calificaban de irreversibles distintos impactos.

Uno de los fundamentos de uno de los recurrentes (Juna Central de Usuarios del Río Jalón) en el recurso de casación es que no debería haberse comunicado la nulidad de la Declaración de Impacto Ambiental, al anteproyecto y proyecto de presa, azud de derivación y conducción del trasvase. La STS, sin embargo, decide que existe causa de comunicabilidad de las causas de nulidad según lo previsto en el artículo 64 de la Ley 30/1992.

También los recurrentes alegan que se ha conculcado el principio de eficacia de la actuación administrativa con base en el artículo 103 de la CE y 56 y 57 de la Ley 30/1992. Y ello porque aun cuando existan menciones a efectos ambientales negativos en la DIA, luego la autoridad sustantiva puede discrepar de ella. El TS recuerda que ese no es el caso, sino que es la propia DIA la defectuosa puesto que las medidas correctoras que en ella se contienen no pueden solucionar los graves impactos detectados.

El Abogado del Estado reproduce en su recurso de casación algo muchas veces leído en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y siempre rechazado por ella: que los efectos protectores para los espacios de la Red Natura 2000 solo se producen una vez catalogados por la Comisión Europea. La STS responde, sin embargo, con la doctrina tradicional: que desde que los Estados proponen a las instituciones europeas unos LIC ya existe para ellos la obligación de protegerlos.

En el proceso de razonamiento el TS recuerda, finalmente, lo establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2006 según la cual: «Es especialmente importante, a los efectos de valorar la suficiencia de los estudios realizados, comparar lo señalado en el apartado de valoración de impactos con lo previsto en cuanto a medidas correctoras. Debe reiterarse en este punto cómo el artículo 6.4 de la Directiva 92/43 establece que las autoridades nacionales competentes sólo se declararán de acuerdo con el plan o proyecto tras haberse asegurado de que no se causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública». Pues «la obra podrá realizarse sólo cuando se comprueba la suficiencia de las medidas de protección que se hayan articulado». Cosa que es la que, precisamente, no se da en este caso.

Finalmente se condena en costas a los recurrentes, Junta Central de Usuarios y Abogacía del Estado.

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Competencias concurrentes sobre el demanio costero

La **STC 8/2013, de 17 de enero (BOE núm. 37, de 12 de febrero)** aclara el alcance de las competencias en relación con el mar territorial de tal manera, que, rechazando la pretensión de la Comunidad Autónoma recurrente y estando a lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad, niega que el mismo forme parte del territorio autonómico y, como tal, se constituya en elemento definidor de las competencias de ese ámbito.

En efecto, tras recordar que la definición del mar territorial como integrante del demanio estatal (artículo 132 CE) no constituye per se un criterio de delimitación competencial que sustraiga las atribuciones de otros entes territoriales sobre el mismo, el TC identifica en el artículo 143 de la misma norma el precepto determinante de su fallo. Según éste, el ejercicio del derecho de autonomía del artículo 2 —y, en consecuencia, el autogobierno de las Comunidades Autónomas— se configura sobre la base, entre otros, de «los territorios insulares», sustrato territorial de las que se constituyan por islas, como es el caso de Canarias. Territorios que, considerando la realidad de la que se parte, y que consagra el artículo 137 CE, se extienden al ámbito de los Municipios integrantes de la Comunidad Autónoma, que en ningún caso comprenden el mar territorial. Ya se avanzó así, entre otras, en las SSTC 77/1984, 149/1991, 38/2002, 21/2010 ó 162/2012.

Sólo excepcionalmente el ejercicio de una competencia autonómica puede tener efectos extraterritoriales y extenderse al mar territorial cuando sea imprescindible para su ejercicio (caso de los espacios naturales protegidos, STC 38/2002). Pero no es el supuesto sobre el que se razona esta oportunidad, por lo que rechaza la competencia ejecutiva de la Comunidad Autónoma de Canarias para otorgar las autorizaciones de explotación y los permisos de investigación de hidrocarburos.

Esta doctrina es reproducida en buena medida en las **SSTC 87/2013, de 11 de abril (BOE n.º 112, de 10 de mayo)** y **99/2013, de 23 de abril (BOE n.º 123, de 23 de mayo)**. En estos casos, la Comunidad Autónoma de Canarias reivindicaba sus competencias ejecutivas en relación con los espacios naturales protegidos, y consideraba que su circunscripción en el caso de los marinos a aquellos ecosistemas que tengan continuidad con el espacio terrestre objeto de protección supone una vulneración de las mismas. El TC recuerda de nuevo la falta de pertenencia del mar territorial al territorio autonómico y, descartada esta interpretación, ratifica la doctrina que ya acuñara en su STC 38/2002, de 14 de febrero, imponiendo la condición descrita al ejercicio de la competencia por parte de la Comunidad Autónoma. Destaca, y es importante tenerlo en cuenta, que la continuidad exigida para dicho ejercicio es ecológica, y no meramente física o terrestre. Es decir: referida a los ecosistemas, lo que permite que espacios terrestres y marinos no conectados físicamente pero con estrecha interrelación o unidad ecosistémica, puedan ser gestionados de modo unitario por la Comunidad Autónoma, respetando sus circunstancias singulares.

4. ESPACIOS NATURALES

A) La certificación sobre afección de un proyecto de abastecimiento de aguas a la conservación de la diversidad biológica en la Red Natura 2000 está amparada por la competencia sustantiva estatal, y no por las competencias autonómicas de gestión de espacios naturales

En la **Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2013, de 13 de marzo de 2013 (conflicto de competencia 1618-2003)**, se resuelve un conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de Aragón contra la certificación sobre la afección a la conservación de la diversidad en las zonas especiales de conservación y en las zonas de especial protección para las aves, expedida el 9 de noviembre de 2002 por el Ministerio de Medio Ambiente en relación con el proyecto de abastecimiento de Agua a Lleida y núcleos urbanos de la zona regable del canal de Piñana.

La recurrente alega invasión de la competencia exclusiva autonómica en materia de espacios naturales protegidos (artículo 31.1.15 Estatuto de Autonomía de Aragón). La cuestión es a quién compete expedir las certificaciones sobre afección de los proyectos públicos y privados a las ZEC y a las ZEPAS dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón e incluidas en la Red Natura 2000.

El TC acredita, primero, que, pese a las numerosas modificaciones normativas acaecidas tras el recurso, dada la naturaleza de éstas, el mismo no ha perdido su objeto (FJ 2).

A continuación, pasa a analizar el fondo del asunto, centrándolo en la pregunta de si la competencia para dictar las mentadas certificaciones «es una materia inscrita en la competencia sustantiva que se materializa con la obra o actividad cuya incidencia se evalúa o si, por el contrario, se encuadra en la competencia sobre espacios naturales protegidos atribuida con el carácter de exclusiva a la Comunidad Autónoma». El TC cita la doctrina que expuso en la STC 149/2012, de 5 de julio, que resuelve un conflicto con elementos muy relevantes en común con el presente.

En dicha Sentencia, el TC reconocía que, si bien la evaluación ambiental de las zonas de especial conservación que prevén tanto la Directiva como la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y biodiversidad es una técnica de evaluación diferenciada de la evaluación de impacto ambiental, es sin embargo una técnica muy similar, siendo por tanto acorde con la distribución constitucional de competencias que la legislación atribuya a la Administración del Estado su realización en los casos en los que el plan o proyecto deba ser autorizado o aprobado por ella. Así, dice que el elemento determinante del encuadre competencial de este tipo de certificación es su vínculo finalista con la decisión de realizar o no la obra o actividad cuyas consecuencias se evalúan.

Dice el TC que si bien la gestión de los espacios naturales protegidos corresponde en principio a las Comunidades Autónomas, «queda fuera de sus funciones ejecutivas la evaluación de la repercusión que para un lugar concreto conlleva una obra o actividad cuando está orientada a facilitar al órgano competente sobre ella la información ambiental específica para decidir si se realiza o no y, en su caso, en qué condiciones se hace, pues una evaluación así configurada tiene una finalidad estrechamente vinculada con la obra o actividad de que se trate» (FJ 3).

La certificación de 9 de noviembre de 2002 objeto de conflicto tuvo como objeto valorar las repercusiones sobre los lugares de la Red Natura 2000 del proyecto de abastecimiento de agua a Lleida y núcleos urbanos de la zona regable del canal de Piñana y declaró que no tendría efectos negativos apreciables de cumplirse su condicionado. De la misma se desprende que el proyecto examinado no tiene como objeto inmediato actuar en la gestión de la Red Natura 2000, sino asegurar que una obra de infraestructura de aguas incorpore en su realización la consideración de sus efectos respecto a estos espacios naturales. Dada la función instrumental que desempeña, el TC concluye que dicha certificación queda amparada por la competencia sustantiva estatal, y en consecuencia no supone una invasión de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre gestión de los espacios naturales protegidos (FJ 4).

5. MONTES

A) **La prohibición del cambio de uso forestal de terrenos incendiados y de la circulación de vehículos a motor por pistas forestales entran dentro de las competencias básicas del Estado y no vulneran las competencias autonómicas de desarrollo**

En la **Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2013, de 10 de mayo de 2013 (rec. núm. 7837-2006)**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de 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 su redacción dada por la Ley 10/2006, de 28 de abril.

La recurrente considera que el artículo 50.1 entra en colisión con los artículos 8.1.16 del Estatuto de Autonomía para la Rioja, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio y urbanismo, y 9.1 y 9.11 de la misma norma, que atribuyen competencias de desarrollo legislativo y ejecución y normas adicionales en materia de protección del medio ambiente, paisaje, espacios naturales protegidos, protección de los ecosistemas, montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias y pastos. Por su parte, se considera el artículo 54 bis de la Ley de montes contrario al mismo artículo 9.1 y 9.11 del Estatuto de autonomía, afectando también a las competencias autonómicas en materia de promoción y ordenación del turismo, cultura y promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio (artículos 8.1, apartados 9, 23 y 27), así como contrario a los artículos 19, 45 y 139.2 de la Constitución Española.

El artículo 50.1 a) de la Ley de Montes prohíbe el cambio de uso forestal de los terrenos incendiados durante un período mínimo de treinta años, posibilitando que las CCAA acuerden excepciones singulares, para lo cual se exige que el cambio de uso estuviera previsto con anterioridad al incendio forestal en un instrumento de planeamiento aprobado o pendiente de aprobación, si ya hubiera sido objeto de evaluación ambiental favorable o a trámite de información pública, de no ser ésta exigible, o en una directriz de política agroforestal.

El motivo de esta norma es evitar los incendios producidos dolosamente con objeto de precipitar un cambio de planeamiento, al no poder retornar más los terrenos dañados a un uso forestal debido a su degradación. El periodo de 30 años no es arbitrario, sino que

es el tiempo mínimo que en la mayoría de los casos puede permitir la regeneración de la vegetación forestal. Se trata, por tanto, de una norma de protección de la masa forestal, que desaparecería pronto de permitirse la especulación con los terrenos incendiados.

El TC considera, por tanto, que no se invade con ello la competencia autonómica en materia de urbanismo y ordenación del territorio, pues este precepto no tiene como fin «establecer directamente determinaciones de carácter material ni positivo en esta clase de suelo ni ejercer la competencia de ordenación del territorio» (tal y como se estableció en la STC 61/1997, de 20 de marzo). Asimismo, el precepto tampoco vacía la competencia autonómica para la protección del patrimonio forestal, pues el plazo de 30 años opera como un mínimo y la prohibición no es taxativa o absoluta, dejando un margen de decisión a las CCAA para acordar el régimen de excepciones. Por ello, se desestima la impugnación del artículo 50.1 de la Ley de Montes (FJ 4).

En cuanto al artículo 54 bis.2, éste 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. Se permite excepcionalmente una autorización de 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.

Se trata esta de otra limitación tendente a evitar incendios forestales. El TC destaca que la vigencia temporal o indefinida de la medida no resulta relevante a la hora de determinar su carácter básico, pues forma parte del margen de apreciación del legislador estatal en función de consideraciones técnicas o de oportunidad no valorables en sede jurisdiccional.

Por tanto, el TC rechaza la denunciada invasión de las competencias autonómicas, que han de ejercerse dentro del ámbito delimitado por el legislador básico estatal. Cita la STC 101/2005, donde se estableció que la afectación transversal de las competencias sectoriales de las CCAA implicaría una vulneración del orden competencial «cuando la normativa estatal comporte, más que un establecimiento de limitaciones específicas o puntuales de las actividades sectoriales, una regulación de mayor alcance». En el presente caso, el TC certifica que estamos ante meros límites impuestos al ejercicio de competencias autonómicas, y que responden a la finalidad de garantizar la conservación y protección de los montes frente al riesgo de incendios forestales. Por ello, dichas limitaciones revisten carácter básico, y no invaden las competencias autonómicas (FJ 6).

Finalmente, el TC se pronuncia sobre el reproche de inconstitucionalidad por infracción de los artículos 19, 45 y 139.2 CE. Indica a ese respecto, que formalmente la limitación cumple con la reserva de ley derivada del artículo 53.1 CE, y materialmente, la medida resulta proporcional, es decir, es una medida útil y necesaria para la protección de un bien constitucionalmente importante (como se define en la STC 146/2006, de 8 de mayo).

En cuanto a la vulneración del artículo 139.2 CE, el TC reitera su asentada doctrina conforme a la cual «no toda medida que incida en la libre circulación de bienes y personas por el territorio nacional es contraria al artículo 139.2 CE, sino que únicamente lo será cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que

pretenda la medida adoptada» (STC 37/1981). El TC concluye que el precepto impugnado supera el juicio de proporcionalidad, y que su finalidad no es entorpecer la libertad de circulación, sino proteger el patrimonio forestal, además de prever excepciones.

Respecto a la alegada vulneración del artículo 45 CE, el TC indica que precisamente la medida responde a dicho artículo, y más concretamente a la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales (artículo 45.2), indicando que «difícilmente podría concebirse el efectivo ejercicio del derecho a disfrutar del medio ambiente (...) si los poderes públicos no adoptaran las medidas necesarias para preservarlos de la devastación que conllevan los incendios forestales» (FJ 7).

Por todo lo cual, el TC desestima el recurso en su totalidad.

B) El elevado tiempo de recuperación de la masa forestal justifica el carácter de muy grave de la infracción cometida, y por tanto la obligación de restaurar el daño causado y de abonar un importe en concepto de perjuicios al monte

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 4ª), de 20 de marzo de 2013 (rec. núm. 3887-2011)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil Pizarras Beta, S.A. contra la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de mayo de 2011 contra la Orden de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León de 9 de julio de 2007, mediante la que se imponía a la Sociedad demandante una sanción de 233.897 euros, la obligación de restaurar el daño causado y la obligación de abonar 77.027,80 euros en concepto de perjuicios causados al monte.

La infracción fue calificada por la Sentencia de Instancia como muy grave en razón del juicio técnico emitido por un ingeniero de montes del Servicio Territorial de Medio Ambiente de León, no por la cuantía de los daños causados al monte, sino porque acreditó que la vuelta del mismo al su estado anterior al daño requeriría más de 10 años. La culpabilidad fue acreditada al haber comenzado la actora sus operaciones de ocupación del monte sin haber obtenido la autorización exigida por la Ley 43/2003, de montes.

La parte recurrente alega que la infracción no debió ser calificada como muy grave, al no estar el informe de la Administración debidamente justificado.

El TS comienza reconociendo que la posibilidad de revisar cuestiones relacionadas con la prueba en el ámbito casacional se encuentra absolutamente limitada debido a su carácter de segunda instancia (FJ 4). Sin embargo, señala que el órgano jurisdiccional no puede asumir el informe del perito que prescinda de cualquier reflexión o crítica sobre su contenido, por lo que cabe dar paso al análisis del informe pericial (FJ 5).

Entrando a estudiar el informe emitido por el Técnico Forestal de la entidad recurrente, que señaló un tiempo de 2 años para poder proceder a la ejecución del proyecto de restauración, el TS reconoce, al igual que la Sala de instancia, que el plazo para proceder a la ejecución del proyecto no es lo mismo que el tiempo probable de la reparación para la vuelta del monte al estado anterior al daño, el cual fijó el informe técnico de la Administración en 10 años (FJ 6). Asimismo, el TS considera la mayor titulación técnica del emisor del segundo como argumento para aceptar que la Sala de instancia lo asumiera como fundamento de su decisión (FJ 7).

Por ello, el TS concluye que no hubo en ésta valoración ilógica o arbitraria de la prueba, y declara no haber lugar a recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente por la cantidad de 4.000 euros (FJ 8).

6. AUTORIZACIÓN AMBIENTAL INTEGRADA

A) La Administración autonómica no puede fijar condiciones adicionales de protección en una autorización ambiental integrada

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 25 de enero de 2013 (rec. núm. 4524-2010)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha contra la STSJ de Castilla La Mancha de 1 de junio de 2010.

La Sentencia impugnada estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Director General de Calidad Ambiental de 5 de febrero de 2004, que otorgó autorización ambiental integrada para la central de ciclo combinado de Villaseca de la Sagra (Toledo), declarando nulas las dos condiciones impuestas a la autorización: la obligación de presentar un Plan de Cierre y Desmantelamiento de otra central distinta de la autorizada (una central de fuel-óleo de 630 mw) y determinadas restricciones en los valores límite de emisión de determinados contaminantes.

El Tribunal Supremo reconoce la identidad de los motivos de casación con los resueltos en la STS de 2 de diciembre de 2011, por lo que reproduce lo señalado en dicha Sentencia.

Se aduce en la casación que la Declaración de Impacto Ambiental realizada por la Administración General del Estado tiene el carácter de informe preceptivo, pero no vinculante, de modo que pueden establecerse límites superiores a los que fija la citada evaluación. La cuestión relevante es si la Administración autonómica puede imponer valores límite más garantistas que los fijados en la Declaración de Impacto Ambiental estatal.

Dice el TS al respecto que «en la autorización integrada deben ser de aplicación las normas que regulan ese ámbito sectorial en concreto. Sin que puedan introducirse en una autorización unos límites ambientales no previstos por el ordenamiento jurídico, ni estatal ni autonómico, y que, por tanto, quedan al albur de la expedición de cada autorización ambiental integrada. Esta solución que se defiende en casación pulveriza la seguridad jurídica y supone una quiebra de las más elementales exigencias para la realización de cualquier actividad que tenga algún efecto contaminante» (FJ 6).

Separa el TS así la idea de «condiciones adicionales de protección» de la idea de «normas adicionales de protección», significando así que los valores límite de emisión tienen que estar previstos siempre normativamente, y no pueden fijarse para una instalación particular en razón de las condiciones particulares de número, actividad o localización de dicha instalación.

Por ello, declara no haber lugar al recurso de casación e impone las costas a la Comunidad Autónoma recurrente en cifra de 1.500 euros.

7. CONTAMINACIÓN ELECTROMAGNÉTICA

A) Los municipios no ostentan ninguna competencia ni urbanística ni sanitaria para alejar las antenas de telefonía móvil de los lugares especialmente sensibles, quedando dicha cuestión reservada exclusivamente al Estado en virtud de su competencia técnica

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª) de 11 de febrero de 2013 (rec. núm. 4490/2007)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por Vodafone España, S.A. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 25 de enero de 2007, que estimaba en parte un anterior recurso contra la Ordenanza Municipal Reguladora de las Infraestructuras Radioeléctricas de Telecomunicación de Burriana de 3 de junio de 2005.

El recurso versa sobre los artículos 6.1.c) y 17.C de la citada Ordenanza, los cuales prohíben la instalación de infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación en escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos (lugares sensibles), así como en los edificios colindantes a esos espacios, y asimismo fija una distancia mínima de 100 metros entre estos lugares sensibles y cualquier implantación de estaciones radioeléctricas.

La Sentencia de instancia consideró que dichas limitaciones no resultaban abusivas o desproporcionadas, ya que no aparecía acreditado que supusieran impedimento o serio obstáculo en orden al desenvolvimiento regular de los servicios de telecomunicaciones en el término municipal.

El Tribunal Supremo considera totalmente probado que ningún riesgo puede derivarse de estas instalaciones (FJ 4), y cita como fundamento su Sentencia de 22 de marzo de 2011 para indicar el cambio de jurisprudencia que se ha dado en cuanto al establecimiento de limitaciones espaciales a la instalación de antenas de telefonía móvil. Dicha Sentencia considera las limitaciones al emplazamiento de antenas una cuestión técnica, atribuida exclusivamente al Estado por el artículo 149.1.21.º de la Constitución y ejercitada mediante el Real Decreto 1066/2001.

Sin embargo, dicha Sentencia se refería fundamentalmente a la imposición de valores límite de emisión más garantistas que los estatales por parte de las Comunidades Autónomas y los Entes locales, no a la protección de los lugares sensibles a la radiación. La novedad de esta Sentencia es la aplicación de la misma doctrina a la cuestión del emplazamiento espacial de la antena, que se considera asimismo una cuestión técnica y no urbanística ni sanitaria (FJ 5).

Se cita asimismo la STC 8/2012, de 18 de enero, en la que el Tribunal Constitucional afirma que la regulación contenida en el Real Decreto 1066/2001 ha de ser absoluta para todo el territorio nacional en aras de la consecución de una uniformidad, y no cabe invocar ni el principio de autonomía municipal del artículo 140 CE ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales del artículo 28 LRBRL para modificar dicha regulación haciéndola más protectora de la salud de los ciudadanos (FJ 6).

Así, con esta sentencia, se terminan de vaciar las competencias municipales en relación a la instalación de antenas de telefonía móvil.

A la Sentencia se adhiere un voto particular de los magistrados D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, al que se adhiere el magistrado D. Segundo Menéndez Pérez. Ambos manifiestan su discrepancia con la decisión de la Sala en la medida en que las previsiones de la Ordenanza Municipal de Burriana no impiden la prestación del servicio de comunicaciones ni suponen una invasión ilegítima de la competencia técnica estatal.

Asimismo, ponen de relieve que los títulos competenciales conforme a los cuales se dictan estas medidas de alejamiento de lugares sensibles son sanitarios, ya que el alejamiento de las antenas de lugares sensibles tiene como fin la protección de la salud ambiental, como pone de relieve el hecho de que el apartado del citado Real Decreto 1066/2001 dedicado a la cuestión de los lugares sensibles se dicte al amparo del artículo 149.1.16ª de la Constitución, según advierte literalmente la disposición final segunda de dicha norma, por lo que no tiene obviamente vocación de agotar las competencias municipales y autonómicas en la materia.

8. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) *Canon de control de vertido: cuantificación*

Para tratar cuestiones propias de la cuantificación de este tributo siempre conviene introducir una explicación mínima acerca de 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 de la Audiencia Nacional de 4 de febrero de 2013 (NR 6/2012)** resuelve un conflicto más promovido por la empresa SNIACE, en relación con problemas típicos de cuantificación que venimos comentamos desde hace tiempo (medición de aforos, vertidos ilegales, etc.) Las sentencias de última generación deben incluir, no obstante, la imposibilidad de aplicar de manera automática el índice de mayoración 4 en el caso de vertidos

ilegales: es lo que sucede con ésta, asumiendo la anulación efectuada por el TS hace poco más de un año. Asimismo la sentencia insiste en la inviabilidad de deducir de la cuota el importe del canon de saneamiento autonómico.

La anulación del precepto del RDPH referida en el párrafo anterior es también la clave de la **sentencia del TSJ de Valencia de 7 de noviembre de 2012 (NR 781/2010)**.

También hemos contrastado un buen número de **sentencias del TSJ de Murcia** estimatorias de recursos deducidos por Ayuntamientos de la Región a la vista de la falta de motivación de las liquidaciones giradas por el organismo de cuenca. Cfr. cuatro sentencias **de 21 de enero de 2013 (NR 282/2008; 290/2008; 291/2008 y 292/2008) y otra más de 31 de enero de 2013 (NR 288/2008)**.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) *Constitucionalidad de los tributos*

La **sentencia del TC 85/2013, de 11 de abril**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 1/2006, de 23 de junio, de aguas, en lo que se refiere al canon autonómico del agua. Este impuesto, de igual nombre que otros, como el catalán o el gallego, presenta una fisonomía muy distinta. Mientras aquellos tienen una finalidad financiera muy clara (el sostenimiento de la política hídrica, sobre todo en cuanto a la depuración de las aguas residuales), el canon vasco tiene un alcance más difuso, dado que en el País Vasco los servicios propios del ciclo del agua tienen sus propios esquemas (consorciales) y vías de financiación claras. De ahí también que se trate de un impuesto cuyas cuantías son mucho más reducidas que las de otros tributos autonómicos.

Lo cierto es que no es frecuente que lleguen al Tribunal Constitucional asuntos relativos a los impuestos autonómicos en materia de aguas, por razones que hemos expuesto con frecuencia en comentarios anteriores, por lo que la presente resolución podría ser relevante con un alcance más general. Leída la sentencia, si bien hay extremos de evidente interés y proyección para figuras emparentadas con ella, los argumentos fundamentales de la misma tienen una estrecha relación con las peculiaridades del régimen de concierto con el País Vasco.

La sentencia es parcialmente estimatoria.

Tendría una proyección general el rechazo del Tribunal Constitucional a que con figuras de este tipo se violente el artículo 6.3 de la LOFCA: lo que gravan estos impuestos no coinciden con los hechos imposables de las tasas municipales por prestación del servicio de agua. En efecto, en su hecho imponible no aparece ningún servicio administrativo u ocupación del dominio público con carácter principal: de manera indirecta se está afirmando que la prohibición de equivalencia ha de calibrarse enfrentando a un impuesto autonómico con otro local (nunca a un impuesto con una tasa). De añadido, se recuerda como los fines extrafiscales del impuesto podrían desactivar la presunta vulneración del artículo 6 de la LOFCA: lo hace ver el Tribunal Constitucional, al indicar que no se grava tampoco cualquier consumo de agua, sino sólo el que no satisfaga los criterios de sostenibilidad definidos por el legislador autonómico.

En segundo lugar, se acusa a la ley vasca de vulnerar los principios constitucionales de capacidad económica y de reserva de ley en materia tributaria, lo que será rechazado por el TC (lo que también tiene proyección general).

En tercer lugar, se reprocha que se obligue a las entidades suministradoras —Ayuntamientos, por ejemplo— a cobrar el canon por cuenta de la Agencia Vasca del Agua. No merece sin embargo tacha alguna de inconstitucionalidad, sin que el TC abunde mucho en algo que es obvio: se trata de una obligación fiscal —como otras muchas— creada por una norma con rango suficiente. Esto también tiene proyección general.

Finalmente, se invoca por parte de los recurrentes la invasión de competencias municipales y forales y en este ámbito encontraremos una declaración singular de inconstitucionalidad y un planteamiento de interpretación conforme. Como se puede ir comprendiendo, el alcance del conflicto y su solución va a ser *más local*, aunque irá extrayendo algún elemento que sí podría interesar respecto de otros cánones del agua o de saneamiento. En general, el TC rechaza que la creación del canon vasco haya desapoderado a los municipios de las competencias atribuidas o les haya privado de las fuentes de financiación de los servicios. Aunque el TC no explica más, las características del canon vasco permiten afirmar esto con claridad, pues se trata de un impuesto desapegado rotundamente de los servicios del agua de competencia inicialmente municipal. No quiero decir ni mucho menos que otros impuestos hídricos autonómicos sí determinen con claridad esta invasión competencial, pero sí que las características de estos otros impuestos y algunos de sus elementos, que ahora no vienen al caso, permiten albergar dudas acerca de ciertas extralimitaciones.

Dicho lo cual, y volviendo al caso que nos ocupa, se plantean los problemas que pudieran determinar dos preceptos específicos de la ley de aguas vasca en relación con el ámbito local. El primero, al señalar que la Agencia Vasca del Agua contaría, para el cumplimiento de sus fines, entre otros medios, con los ingresos procedentes de la recaudación de los tributos en materia de aguas. Al entender del TC ese precepto es susceptible de una lectura conforme a la Constitución, en la medida en que ello se refiera en exclusiva a los tributos cuya gestión corresponda a dicha Agencia. El segundo, al entender de los recurrentes, al imponer a los municipios el modo como han de regular sus tasas en materia de aguas. No es infrecuente que leyes autonómicas informen las aportaciones de los usuarios de los servicios del agua a los municipios y ello, al afectar a tributos municipales —tasas del agua— podría significar una extralimitación competencial, dado que (en el territorio común) es el Estado el que tiene la competencia exclusiva en la materia propia de la tributación local. El TC, no obstante, advierte que el legislador autonómico puede que no haga sino reiterar una serie de principios de la protección ambiental que no dejan de encontrarse en el Derecho europeo y en el estatal. Dicho lo cual penetra en la constitucionalidad de algunos preceptos de la ley: uno que apodera al Gobierno vasco para aprobar mediante decreto los conceptos que deben incluirse en la tarificación del uso del agua (artículo 41.4) y otro que directamente advierte que las entidades suministradoras deberán imputar, en sus tarifas, como mínimo, los costes de inversión, mantenimiento y explotación de su red de abastecimiento y saneamiento en alta. El estudio de constitucionalidad que se hace tiene mucho que ver con el régimen de concierto con el País Vasco, en el que son los territorios históricos los que ostentan las competencias primarias sobre la tributación en general y la hacienda local en particular; pero la Comunidad Autónoma tiene cierta capacidad armonizadora reconocida por el Estatuto de Autonomía y la demás normativa aplicable. Pues bien, el TC considera que la última previsión reseñada

es constitucional, sobre la base de esa potestad armonizadora; pero la primera supone un desplazamiento indebido a los territorios históricos y una deslegalización intolerable de la materia. Obsérvese que lo que no anula el TC, probablemente, hubiera sido objeto de anulación en cuanto hubiera estado presente en disposiciones de CCAA de régimen común.

La magistrada Adela Asúa emitió un interesante voto particular en el que, resumiendo mucho, considera que no debía haberse declarado inconstitucional dicho párrafo, dado que más que ante disposiciones de naturaleza fiscal nos hallábamos ante disposiciones propias del servicio de aguas o, si se quiere, ambientales, para las que la competencia sí era, a su parecer, autonómica. Me parece muy interesante su aportación —y extrapolable a cualquier otro territorio—, si bien no la puedo compartir, a la vista de todo un acervo del propio Tribunal Constitucional en el que se ha apostado siempre por la superioridad de la competencia fiscal sobre la del sector sobre el que recae la imposición (siguiendo al propio TC, no puede invocarse la competencia autonómica sobre «cine» para terciar la competencia estatal sobre los impuestos que gravan el consumo de este servicio).

b) Cuantificación de los tributos

Un mínimo comentario en relación con **dos sentencias del TSJ de Asturias**, no tanto para explicar el contenido de la sentencia como para poner de manifiesto un problema típico de los cánones de saneamiento. Tiene que ver con las alternativas que se les presentan a los sujetos pasivos en relación con la cuantificación del tributo, dado que las leyes les vienen a ofrecer con alguna frecuencia opciones entre tributar según el consumo o según la carga contaminante. Los problemas suelen venir, como en los casos de autos, porque los procedimientos para materializar las opciones no son siempre todo lo claros que deberían. Me refiero a las sentencias de **6 de febrero de 2013 (NR 1068/2011)** y **13 de febrero de 2013 (NR 175/2011)**.

C) Impuestos estatales sobre la energía

a) Impuesto sobre Hidrocarburos

La **sentencia del TSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2012 (NR 505/2008)** estima el recurso contencioso-administrativo relativo a liquidación girada en este impuesto. Se discutía la aplicación de exenciones en relación con hidrocarburos utilizados en la producción de electricidad y en la cogeneración de electricidad y calor (la empresa en cuestión se dedicaba a ello en sus instalaciones industriales situadas en el muelle de inflamables del Puerto de Barcelona). Se pronuncia la sala sobre un elemento de la exención (el concepto de central eléctrica), abogando por una interpretación favorecedora de la exención para aquellas energías estratégicas para el desarrollo industrial y la convivencia social.

D) Fiscalidad sobre la actividad nuclear

a) Impuesto sobre actividades que inciden en el medio ambiente de Castilla-La Mancha

En el número anterior de esta revista se comentó la declaración de inconstitucionalidad del impuesto de Castilla-La Mancha denominado «sobre determinadas actividades que

incidan en el medio ambiente», que recae sobre varios hechos imponibles. De ellos, la producción termoneuclear y el almacenamiento de residuos radiactivos han sido afectados por la sentencia del TC. Ahora se comenta la **sentencia del TS de 15 de enero de 2013 (NR 362/2008)** que, teniendo presente la doctrina del TC, aplica la declaración de inconstitucionalidad a una situación que no había adquirido firmeza por haber sido impugnada, determinando la devolución de ingresos indebidos.

E) 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 **dos sentencias del TS de fecha 20 de marzo de 2013 (NR 6524/2011 y 1628/2012)**, referidas a las tasas contenidas en la Ordenanza del Consorcio de As Mariñas (A Coruña). La recurrente consideraba ilegal esta forma de proceder —cobrando tasas— pues entendía que, dado que el servicio se prestaba mediante concesionaria, no procedía la exigencia de las mismas, sino de otro tipo de aportación. El TS desestimaré el recurso, reproduciendo el contenido que viene a emplear con profusión en relación con exacciones propias del ciclo del agua, abundando en que, precisamente, por tratarse de un servicio obligatorio o monopolizado, lo que correspondía exigir era una tasa. Como he dicho más de una vez, el TS advierte en sus razonamientos que lo que nos explica lo es sin prejuzgar lo que haya de suceder cuando tenga que aplicar la reforma operada en el concepto de tasa de la LGT por la Ley de Economía Sostenible de 2011 (se recordará que suprimió un párrafo aparentemente expansivo de la tasa). Lo hace en estas sentencias, pero lo hace con un matiz muy diferente al que vimos en otras anteriores: aunque dice, como antes, que en la actualidad hay que tener en cuenta la supresión del párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la LGT, pone de manifiesto (con una coordinada adversativa) que *«no se incluyó una referencia expresa a lo que no son tasas, como aparecía en la enmienda n.º 443 del Grupo parlamentario catalán en el Senado de CIU»*. Con estos presagios, no conoceremos la relevancia del cambio normativo hasta que no lleguen a los tribunales asuntos afectados por dicho cambio; pero podemos entretenernos formulando apuestas: ¿está retrocediendo el TS en cuanto a la importancia real de la modificación respecto de sus primeras aproximaciones?

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana dictó Sentencia estimatoria del recurso deducido contra Ordenanza del Ayuntamiento de Godella de 16-06-2008, reguladora de la Tasa por prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos. El **TS** estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Godella; casa y anula la Sentencia de instancia y desestima el recurso contencioso-administrativo. Es la **sentencia de 7 de diciembre de 2012 (NR 345/2010)**. Entiende el Alto Tribunal que es correcto determinar el coste del servicio en función de lo que haya de satisfacerse al concesionario por la prestación del servicio.

También en relación con las formas de cuantificar la tasa se dicta una nueva sentencia referida a la controvertida Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid, en el sentido que ya hemos comentado en números anteriores. Al entender del TS, entre las múltiples posibilidades que ofrece el ordenamiento, está la de la Ordenanza, basada en el valor catastral del

inmueble. Es la **sentencia del TS de 4 de enero de 2013 (NR 940/2010)**. Trae un vago recuerdo a lo que está sucediendo con el Ayuntamiento de Madrid la **sentencia del TSJ de Valencia de 26 de diciembre de 2012 (NR 2888/2008)**, en relación con la Ordenanza de la tasa de basuras del Ayuntamiento de Chiva (Valencia). No puede invocarse en contra de la tasa el nivel de presión que se viniera exigiendo en el IBI.

F) Otros tributos autonómicos ambientales

a) Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente

La **sentencia del TSJ de Extremadura de 14 de febrero de 2013 (NR 1091/2010)** desestima el recurso interpuesto en relación con liquidaciones del impuesto de Extremadura sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente. Como en otros casos, tiene que ver con las declaraciones de inconstitucionalidad sufridas por esta figura y con las sucesivas redacciones que han tratado de garantizar su supervivencia. Al entender de la sala, la legislación aplicable a los hechos imponibles controvertidos resulta ajustada a la Constitución.

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. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. AGRICULTURA.
 - A) **Vinos. Denominaciones de origen. Distribución de competencias en materia de marcas.**
 - B) **Ayudas a organizaciones profesionales agrarias. Igualdad de trato y libertad de asociación.**
 - C) **Subvenciones en el sector agrícola. Aplazamiento del anticipo reintegrable e intereses de demora.**
 3. ENERGÍA.
 - A) **Prima a la producción de energía eléctrica.**
 - B) **Tarifas.**
 - C) **Transporte gasista.**
 4. FOMENTO.
 - A) **Denegación de ayudas por incentivos regionales.**
 - B) **Retirada de subvención improcedente. Principio de proporcionalidad.**
 5. TELECOMUNICACIONES.
 - A) **Servicios de consulta telefónica. Obligaciones de servicio público y obligaciones de carácter público.**
 - B) **Televisión digital terrestre con cobertura local. Adjudicación de las concesiones.**
 - C) **Televisión. Medida provisional de cierre de actividad y precinto de equipos de emisión.**
 - D) **Ordenanza municipal reguladora de las actividades e instalaciones de radiocomunicación.**
 6. TRANSPORTES.
 - A) **Transportes terrestres: Adjudicación de una concesión. Derecho de preferencia de un licitador.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Este número incluye las sentencias publicadas en los *Cuadernos Aranzadi* con los números 16 a 24 de 2012.

2. AGRICULTURA

A) **Vinos. Denominaciones de origen. Distribución de competencias en materia de marcas**

La **Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2012**, resuelve el recurso de casación núm. 1280/2009 (RJ 2012/4660), interpuesto por la Generalidad de Cataluña y el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Penedés contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada el 20 de enero de 2009.

La mencionada Sentencia de instancia había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido por la Federación Española del Vino contra la Orden ARP/62/2006, de 16 de febrero, por la que se aprobó el Reglamento de la Denominación de Origen «Penedés».

En particular, se había impugnado el artículo 30 del Anexo I de la citada Orden, que exigía el uso de «marcas específicas» a aquellos operadores que quisieran utilizar sus propias razones sociales, nombres comerciales o marcas identificativas de vinos producidos en otras regiones, como condición necesaria para obtener el amparo de la Denominación de Origen «Penedés».

La Generalidad de Cataluña alega que con esta Orden no pretendía ejercer la potestad reglamentaria en materia de marcas, sino tan sólo su competencia exclusiva en materia de denominaciones de origen vinícolas.

Sin embargo, tanto la Sentencia de instancia como ahora el Tribunal Supremo concluyen que la Generalidad se extralimitó en sus competencias. En este sentido, señalan que corresponde en exclusiva al Estado la legislación en materia de marcas, atribución ésta que ha de entenderse en sentido material, sea cual fuera el rango formal de las normas, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo ahora comentada. En atención a esta distribución de competencias, corresponde a la Comunidad Autónoma la ejecución de la normativa estatal, lo que comprende la potestad de administrar y la facultad de dictar reglamentos internos de organización de sus propios servicios.

El Tribunal Supremo insiste que la Generalidad de Cataluña debe ejercer sus facultades sin inmiscuirse en la competencia propia del Estado. A estos efectos, la Sala del Tribunal Supremo indica que las materias de la propiedad industrial, la legislación mercantil o la competencia desleal están reservadas en exclusiva al Estado (artículo 149.1, apartados 9, 6 y 13 CE), y no sirve la invocación de la defensa de los consumidores, o cualquier otra competencia autonómica.

La Sentencia del Tribunal Supremo admite que al aprobar los Reglamentos de las denominaciones de origen se determinen los estándares mínimos de calidad, o que se tienda a proteger la reputación de los vinos, o bien que se exija que los protegidos con la

denominación de origen hayan sido elaborados en la región, comarca, localidad o lugar determinados. Pero el Alto Tribunal insiste que este régimen debe atemperarse a las competencias propias de cada poder normativo.

Dando respuesta a las alegaciones de las entidades recurrentes, el Tribunal Supremo reitera en diversas ocasiones a lo largo de esta sentencia que la normativa vigente en materia de viña y del vino, tanto estatal como de la Unión Europea, permite una misma marca para vinos de distinta procedencia geográfica, si bien, para informar con claridad al consumidor, se requiere que las etiquetas y presentación de los vinos introduzcan elementos informativos suficientes, sencillos y claros.

Por todo lo expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, no sin antes repasar brevemente su jurisprudencia anterior, y matizarla en el sentido que se admite la posibilidad de que una marca comercial designe vinos de diferentes regiones o zonas vinícolas protegidas (sin que pueda imponerse en ningún caso la exigencia de «marcas adicionales», precisa otra vez el Tribunal Supremo), siempre que la designación y la presentación de los vinos permita identificar la denominación de origen.

B) Ayudas a organizaciones profesionales agrarias. Igualdad de trato y libertad de asociación

La **Sentencia de 28 de febrero de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 7ª)** resuelve un recurso de casación (rec. núm. 5556/2010) en materia de subvenciones a organizaciones profesionales agrarias (OPAs). En concreto, la entidad recurrente considera que el sistema de concesión de dichas subvenciones diseñado por la Orden ministerial impugnada (amparado por la sentencia de instancia) impide ser beneficiarias de las mismas a las entidades que no estén afiliadas al COPA (Comité de las Organizaciones Profesionales Agrarias de la Unión Europea), con lo cual se produce una discriminación contraria al principio de igualdad (artículo 14 de la CE) y, por conexión, al derecho fundamental a la libertad de asociación (artículo 22 CE) del resto de entidades asociativas.

La Sala desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia de instancia, trayendo a colación para ello la conocida jurisprudencia constitucional sobre la libertad sindical, como hiciera en su STS de 14 de julio de 2005 (aunque, entonces, para organizaciones sindicales), en la medida en que los considera supuestos sustancialmente coincidentes, especialmente por poder manejar también como criterio distintivo el de la mayor representatividad en un determinado ámbito territorial. De acuerdo con dicha doctrina, entiende el Tribunal que, en el caso analizado, existe una «justificación objetiva y razonable» para la distinción de trato entre las OPAs integradas en el COPA y el resto. Así, siendo la finalidad de la norma la concesión de subvenciones por «actividades de representación y participación de las organizaciones ante la Unión Europea», es lógico que, dada la relevante posición de los miembros del COPA en esta función, ello se traduzca en la atribución de las ayudas destinadas a compensar tal cometido. No en vano la misma entidad recurrente reconoce que no existe ninguna posibilidad de que organizaciones que no sean miembros del COPA se integren en los Comités Consultivos de la Unión Europea. Todo ello además con la importante **salvedad de que, como se advertía ya en la sentencia de instancia,**

de la Orden ministerial correspondiente no se deriva que el resto de organizaciones queden excluidas de la posibilidad de concurrir a dichas ayudas.

C) Subvenciones en el sector agrícola. Aplazamiento del anticipo reintegrable e intereses de demora

La **Sentencia de 16 de marzo de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 3^a)** declara no haber lugar al recurso de casación (rec. núm. 1699/2010) interpuesto contra Sentencia de 25 de enero de 2010, del Tribunal de Justicia de Castilla La Mancha en materia de subvenciones en el sector agrícola. El supuesto enjuiciado parte de un expediente de recaudación de la administración autonómica correspondiente al anticipo reintegrable del importe invertido por esta en unas obras de transformación en regadío dentro del «Plan de Obras Territoriales de la zona de concentración parcelaria de Pozo Cañada», cuyo pago solicitó aplazar la recurrente en 1997 y no comenzó a satisfacer hasta 2001, cuando la administración, que no había emitido resolución expresa sobre el aplazamiento, le requirió el pago con los correspondientes intereses. A pesar de que la Sala reconoce explícitamente la concurrencia de la causa de inadmisibilidad del recurso por razón de la cuantía, al no superar la *summa graviminis* establecida para tener acceso a la casación, decide entrar en los motivos de fondo «dado el estado procesal» del caso.

Al respecto, se concluye, en primer lugar, la inaplicación de la doctrina relativa a que la falta de resolución expresa por parte de la Administración nunca puede determinar la inadmisibilidad —por extemporáneo— de un recurso contencioso-administrativo, tal y como pretendía la recurrente, a efectos de evitar la exigencia de intereses de demora hasta la resolución expresa sobre el aplazamiento. En aplicación de las conocidas reglas del artículo 44.1 LRJPAC sobre los procedimientos iniciados de oficio, el sentido del silencio en este caso debe ser negativo.

Por otra parte, no hay duda para el Tribunal de que, en este supuesto, existen cantidades adeudadas a la Administración que no siendo abonadas en el plazo establecido devengan consecuentemente el interés de demora indemnizatorio con el retraso que se ha producido en el pago y que en cumplimiento de su función resarcitoria debe ser calculado atendiendo al tiempo que reste para realizar su abono íntegro. De conformidad con la jurisprudencia previa de la Sala, a ello no obsta la inexistencia de resolución expresa sobre la solicitud de aplazamiento. Y, asimismo, en tales cantidades es legítimo incluir el pago de los intereses sobre los intereses ya devengados, puesto que, en aplicación del artículo 1109 del Código Civil, las cantidades impagadas una vez liquidadas generan nuevos intereses de demora.

3. ENERGÍA

A) Prima a la producción de energía eléctrica

La **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2012 (rec. núm. 437/2010)** resuelve el recurso contencioso-administrativo presentado ante el Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la

liquidación de las prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica.

En lo que se refiere al fondo del asunto, el recurso se fundamenta, en primer lugar, en la pretendida infracción del régimen competencial establecido en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. No obstante, la Sala rechaza este motivo de impugnación al considerar, como ya había realizado, entre otras, en la Sentencia de 8 de junio de 2011 (rec. núm. 439/2010), que las Comunidades Autónomas no ostentan competencias en orden al régimen económico del mercado eléctrico, sino que sus competencias se limitan a las autorizaciones de funcionamiento de determinadas instalaciones de generación fotovoltaicas.

En términos parecidos, se considera que el Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, no determina tampoco ni la privación de eficacia ni la revisión o revocación de las resoluciones autonómicas que procedieron a autorizar las diferentes instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial. Sino que la norma impugnada simplemente verifica la liquidación económica que corresponde al marco retributivo primado del régimen especial.

Por último, la Sala desestima también la posible infracción del principio de igualdad alegada por los recurrentes, al entenderse que este principio no implica que la regulación jurídica de todas las fuentes de producción de energía eléctrica en régimen especial deba de ser siempre conjunta y unitaria, sin atender a las posibles especificidades de las tecnologías utilizadas.

Estas mismas cuestiones son nuevamente objeto de enjuiciamiento en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2012 (rec. núm. 432/2010), con idéntico resultado.

En primer lugar, la Sala —invocando de nuevo los fundamentos jurídicos de la citada Sentencia de 8 de junio de 2011— afirma que el Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, no invade las competencias autonómicas, limitándose a ejercer las que corresponden al Estado sobre la liquidación de las primas correspondientes a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial. En segundo lugar, se desestima la pretensión relativa al sistema de revisión de los actos en vía administrativa, considerando que el Real Decreto impugnado no priva de eficacia las autorizaciones autonómicas y que la comprobación de los requisitos necesarios para acreditar la aplicación del régimen económico que corresponde no es, en ningún caso, una actuación sancionadora. Finalmente, se reitera que cada tecnología de producción de energía eléctrica, tanto las convencionales como las de régimen especial, tiene su especificidad y su regulación propia, pese a que puedan recibir un tratamiento equivalente en muchos aspectos. De ahí que un tratamiento diferenciado de una de ellas no pueda suponer, por sí mismo, un trato discriminatorio para dicha tecnología ni una infracción al principio de igualdad.

B) Tarifas

Por su parte la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2012 (rec. núm. 39/2011)** resuelve el recurso contencio-

so-administrativo planteado frente al Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial; en particular la supresión de los valores y los plazos temporales de determinadas tarifas reguladas en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo.

En primer lugar, la Sala rechaza que la normativa impugnada pueda calificarse de irretroactiva, para ello distingue el concepto más limitado de «irretroactividad prohibida» del de mera irretroactividad, considerando que no pueden incluirse dentro de los primeros aquellas disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en relaciones o situaciones jurídicas sostenidas en el tiempo iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor. A partir de aquí la Sentencia se ocupa de dar respuesta a la posible vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, y de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima alegados por los recurrentes.

Así, en primer lugar, entiende que la limitación de la tarifa regulada a los 30 años para la producción de energía eléctrica en régimen especial no supone ni confiscación ni expropiación de derechos, pues no implica suprimir la retribución debida sino, meramente, equipararla, dentro de dicho período temporal, a la percibida por el resto de productores de electricidad que la venden en el mercado.

Por otro lado, la Sala recuerda que los titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un «derecho inmodificable» a que se mantenga inalterado su régimen económico. Antes al contrario, la práctica eliminación del riesgo empresarial que supone acogerse a la tarifa regulada, sin competir en precios con el resto de agentes del mercado, tiene como reverso, precisamente, la posibilidad de alteración de las medidas administrativas ante cambios de las circunstancias. De ahí que se añada que la percepción de una tarifa regulada no puede considerarse como ilimitada en el tiempo, es decir, sin límite temporal alguno.

En definitiva, se entiende que el valor de la seguridad jurídica no es oponible, sin más, a una modificación reglamentaria. La seguridad jurídica, por más que sea deseable una cierta estabilidad de los marcos reguladores de las actividades económicas, no resulta incompatible con los cambios normativos, y más en un sector como el de las energías renovables en el que, precisamente por su novedad, son necesarios ajustes sucesivos, en paralelo no sólo a la evolución de las circunstancias económicas generales sino también en atención a las propias características de la actividad.

Por último, tampoco puede apreciarse vulneración del principio de confianza legítima, no sólo porque la limitación de la tarifa regulada o del régimen retributivo inicial con el que se había favorecido al conjunto del sector de energías renovables era previsible a la vista del curso de las circunstancias económicas y técnicas, sino también porque, como afirma la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 14/2010, había sido plenamente asumido por la mayor parte del sector de energías renovables. Toda vez que la adopción de las medidas de reducción del periodo temporal de aplicación de la tarifa previstas en el Real Decreto impugnado no implica, necesariamente, que en el momento de su plena efectividad los titulares de las instalaciones fotovoltaicas vayan a sufrir perjuicios reales.

C) Transporte gasista

La Orden ITC/3802/2008, de 26 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas es objeto de enjuiciamiento en la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012 (rec. núm. 262/2010)**. La primera pretensión anulatoria se fundamenta en la infracción del procedimiento reglamentario, si bien la Sala desestima dicha pretensión al reiterar —tal y como había ya realizado, entre otras, en la Sentencia de 25 de febrero de 2011— que cuando las modificaciones introducidas en el texto definitivo de una disposición general no sean sustanciales resulta innecesaria una nueva audiencia a las asociaciones, corporaciones o entidades representativas de intereses legítimos.

Por otro lado, se impugna la eliminación de la retribución de los costes derivados del tránsito de gas natural por Portugal contenida en dicha norma reglamentaria. El Tribunal considera que el concepto de transporte de gas natural por territorios portugueses no se corresponde con ninguna de las actividades de transporte enunciadas por el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre; ni pueden considerarse como instalación de transporte a los efectos del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto; ni, finalmente, puede considerarse este conste de transporte por tránsitos portugueses como coste necesario para el desarrollo de las actividades de transporte que conforman el sistema gasista español.

4. FOMENTO

A) Denegación de ayudas por incentivos regionales

El Ministerio de Economía y Hacienda denegó una ayuda solicitada al amparo de la normativa de incentivos regionales en la zona de promoción económica de Canarias. Interpuesto recurso ante la Audiencia Nacional, el mismo fue desestimado. Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 23 de noviembre de 2011, recurso 3638/2009, confirmó en todos sus extremos la sentencia recurrida.

El recurso de casación se estructuró en cuatro motivos:: infracción del artículo 54 de la ley 30/1992 por falta de motivación de la resolución impugnada, vulneración del artículo 9,3 por vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, infracción del artículo 20 de la ley 19/1994 de 6 de julio de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias y, por último, un motivo subsidiario, consistente en solicitar que se estimasen los anteriores y se acordase la nulidad del acto denegatorio de la subvención, la misma sentencia reconociera el derecho al percibo de la misma.

El Tribunal Supremo desestima los tres primeros motivos tras reproducir los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en casación. En primer lugar confirma que el acto recurrido contiene una motivación suficiente que cumple con lo exigido la motivación: exponer al destinatario del acto las razones de la decisión y ofrecer a los Tribunales los argumentos suficientes para poder controlar en su caso el acto impugnado.

Se rechaza también, en un largo fundamento jurídico, que exista arbitrariedad. Para el recurrente la decisión fue arbitraria al rechazar sin motivo suficiente un informe favorable a la subvención emitida por la Comunidad Autónoma. Para el Tribunal Supremo, la sentencia recurrida justifica la denegación por la existencia de otro informe negativo emitido por la Administración del Estado, a la que corresponde la competencia sobre estas ayudas,

y por la existencia de un amplio margen de discrecionalidad en esta materia, atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Por último, se alegaba la vulneración de la Ley 19/1994 de 6 de julio que según la recurrente establecía un mandato favorable a la concesión de estas ayudas. El Tribunal Supremo confirma también en este punto la sentencia recurrida, que realiza un profundo análisis de la finalidad de la ley que se dice vulnerada, así como de la ley 50/1985 de incentivos regionales, para concluir que la Administración posee un amplio margen de discrecionalidad que sólo puede ser revisado jurisdiccionalmente en casos de arbitrariedad o manifiesto error. Se añade que la ley 19/1994 establece unos principios generales que no pueden flexibilizar hasta la derogación los requisitos contenidos en la normativa reguladora de los incentivos regionales.

B) Retirada de subvención improcedente. Principio de proporcionalidad

Otorgada una determinada subvención al amparo de la ley de Incentivos regionales para la construcción de un Hotel, la misma se condicionó a la obligación de acreditar en determinada fecha la disposición de un nivel concreto de autofinanciación y la realización de inversiones de al menos el 25% del proyecto.

La administración otorgante acordó retirar la ayuda al estimar que se habían incumplido ambas condiciones. Recurrido el acto revocatorio de la ayudas, el TSJ de Madrid confirmó en primera instancia la decisión administrativa. Recurrida en casación esta sentencia el Tribunal Supremo estimó el recurso mediante su sentencia de 16 de marzo de 2012, recurso 1680/2010.

La estimación del recurso se fundamenta en la aplicación de la doctrina sentada en una sentencia anterior del mismo Tribunal Supremo, la de 6 de junio de 2007, recurso 8246/2004. Como en el supuesto de esta sentencia, la recurrente alega que la inversión para la que le fue otorgada la ayuda fue ejecutada en su totalidad en la fecha exigida, por lo que cometió únicamente un incumplimiento formal, consistente en no justificar lo realizado en el plazo establecido. Añade la recurrente que por aplicación del principio de proporcionalidad el acto revocatorio debe ser anulado, ya que el mero defecto de forma no debe llevar aparejada la sanción revocatoria.

El Tribunal Supremo, en la sentencia ahora comentada, transcribe su doctrina elaborada anteriormente en la sentencia de 2007, en la que en un supuesto prácticamente idéntico estimó el recurso y revocó el acto denegatorio. La notoriedad del hecho de la construcción del Hotel, y el defecto formal de la no presentación del balance en plazo, así como el hecho de que el principio de proporcionalidad está recogido en la ley de subvenciones de 2003, llevan de nuevo a estimar el recurso.

5. TELECOMUNICACIONES

A) Servicios de consulta telefónica. Obligaciones de servicio público y obligaciones de carácter público

La **Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de enero de 2012**, resuelve el recurso de casación número 6083/2009 (RJ 2012/3610), interpuesto contra la Sentencia del Tribunal

Superior de Justicia de Andalucía, que había estimado el recurso contencioso-administrativo presentado por una sociedad que había sido sancionada con una multa de 160.000 euros, como responsable de la comisión de una infracción administrativa de carácter grave prevista en el artículo 54.o) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Los hechos se remontan a diversas inspecciones, llevadas a cabo por el personal competente de la Administración del Estado, que permitieron constatar que la sociedad mercantil recurrente en el proceso de instancia cobraba el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, a un precio 12 veces superior al precio máximo permitido.

El órgano competente de la Administración estatal sancionó esta infracción como un incumplimiento de las obligaciones de servicio público, de conformidad con el artículo 54.o) de la citada Ley 32/2003, de 3 de noviembre.

Sin embargo, la Sentencia del TSJ de Andalucía, de 11 de septiembre de 2009, como ya hemos avanzado, estimó el recurso número 27/08, y anuló las resoluciones impugnadas, al considerar que la sociedad actora no había incumplido ninguna obligación de servicio público, pues no era adjudicataria del servicio universal de telecomunicaciones ni tenía atribuidas obligaciones que pudieran considerarse de servicio público.

A estos efectos, esta sentencia de instancia distinguió entre «obligaciones de servicio público» y «obligaciones de carácter público», y recordó que no todo incumplimiento de un deber jurídico establecido por la legislación de telecomunicaciones es calificable como incumplimiento de una «obligación de servicio público».

La Sentencia del Tribunal Supremo, tras recoger los argumentos de la sentencia de instancia, examina el motivo de casación planteado por la Abogacía del Estado, que alegaba que el servicio de consulta telefónica está englobado en las obligaciones de servicio público, comprendidas entre las obligaciones impuestas por razones de interés general, como son las relativas a la defensa de los derechos de los usuarios finales, y en este sentido citaba la Orden de Presidencia del Gobierno 361/2002, que regula los derechos de los usuarios y de los servicios de tarificación. La Sala del Tribunal Supremo desestima este motivo, tras remitirse a su Sentencia de 22 de noviembre de 2010 (recurso de casación número 2541/2008), ente otras.

El Tribunal Supremo considera que, en aplicación del principio de legalidad de las infracciones administrativas y, en particular, del principio de tipicidad, con el objeto de no incurrir en una interpretación extensiva o analógica del tipo aplicado, no cabe incluir en el artículo 54.o) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, aquellos otros incumplimientos de las obligaciones de carácter público impuestas a los prestadores de servicios de telecomunicaciones electrónicas.

Para el Tribunal Supremo, el cobro indebido del servicio de consulta telefónica percibido por las empresas que facilitan estas informaciones no constituye un incumplimiento de obligaciones de servicio público entendidas en su sentido legal. Otra cosa, concluye el mismo Tribunal Supremo, es que el mencionado incumplimiento pueda ser sancionado en cuanto infringe las disposiciones que regulan la prestación de dicho servicio informativo.

Por lo tanto, si bien esta Sentencia del Tribunal Supremo recoge la jurisprudencia que el propio Alto Tribunal ya había enunciado en resoluciones anteriores, resulta de notable interés, en cuanto pone de manifiesto la diferencia entre «obligaciones de servicio público»

y «obligaciones de carácter público». También es cierto que el Tribunal Supremo no acaba de argumentar los motivos por los que considera que el servicio de consulta telefónica no constituye una obligación de servicio público. En este sentido, la Sentencia del TSJ de Andalucía es más precisa, puesto que se remite expresamente al artículo 25 de la Ley General de las Telecomunicaciones y señala que las «obligaciones de servicio público» tienen una dimensión específica y tasada que las singulariza dentro del conjunto de los deberes jurídicos legal y reglamentariamente articulados.

B) Televisión digital terrestre con cobertura local. Adjudicación de las concesiones

El **Tribunal Supremo, en su Sentencia, de 8 de marzo de 2012**, resuelve el recurso de casación número 2836/2009 (RJ 2012/4664), interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 2 de febrero de 2009, que había desestimado el recurso deducido contra Resolución de la Conselleria de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Generalitat Valenciana, de 30 de enero de 2006, por la que se adjudicaron las concesiones para la explotación de programas de televisión digital terrestre con cobertura local.

La Sentencia del Tribunal Supremo, tras un detallado resumen de la sentencia de instancia, del recurso de casación y del escrito de oposición al citado recurso, desestima los seis motivos planteados por la entidad recurrente, en una extensa sentencia, que recoge una amplia jurisprudencia sobre los diversos aspectos planteados.

La parte reclamante en casación planteaba que la sentencia de instancia habría incurrido en incongruencia, al resolver el recurso contencioso-administrativo sobre la base de un motivo no alegado por las partes; habría infringido su derecho a la prueba, generándole indefensión; y habría incurrido en arbitrariedad, a la vez que la Administración habría cometido fraude de ley o desviación de poder. La entidad recurrente añade, como quinto motivo de casación, la falta de motivación tanto de la Sentencia como de la resolución administrativa, y concluye que la Sala de instancia habría valorado erróneamente la prueba practicada.

La sociedad reclamante en casación alega que la sentencia de instancia habría interpretado erróneamente el concepto de pluralismo informativo al permitir que la configuración del sistema televisivo de proximidad de Valencia quede en manos de tan sólo una línea editorial y de determinados grupos de comunicación.

El Tribunal Supremo rechaza todos estos argumentos, al constatar que la mayoría de ellos carecen de fundamento, se plantean en términos genéricos, se remiten de manera errónea a los apartados c) y d) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, e incurren en una falta de correspondencia entre el motivo invocado por la recurrente y la infracción que luego se alega y razona. El Tribunal Supremo también constata que en ocasiones la crítica de la actora se dirige contra la actuación administrativa recurrida en un primer momento y no contra la sentencia objeto de este recurso, lo que supone una vulneración de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y de la función revisora del propio Tribunal Supremo.

Para el Alto Tribunal, la Sentencia de instancia está ampliamente fundamentada, y recoge que la puntuación concreta realizada por la mesa de contratación tuvo en cuenta los informes recibidos. La Sala del Tribunal Supremo destaca que se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración, la cual encuentra su fundamento en una presunción de razonabilidad o certeza de la actuación administrativa, presunción *iuris tantum* que no ha sido desvirtuada (STC 353/1993).

En fin, el Tribunal Supremo desestima todos los motivos, al concluir que la mesa de contratación, respecto de cada uno de los concursantes y cada uno de los grupos de valoración, señaló de manera muy detallada los extremos recogidos en la oferta de cada uno, y cuáles eran los hechos determinantes de la valoración.

C) Televisión. Medida provisional de cierre de actividad y precinto de equipos de emisión

La **Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de marzo de 2012**, resuelve el recurso de casación número 1070/2009 (RJ 2012/4602), interpuesto por la Administración de la Generalitat de Catalunya contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 8 de enero de 2009, que estimó en parte el recurso deducido contra la Resolución que inició un procedimiento sancionador y adoptó la medida provisional de cierre de la actividad consistente en la emisión por televisión y, en consecuencia, precinto de los equipos de emisión.

La Sentencia de instancia descartó que la Resolución administrativa hubiera infringido el artículo 25 CE, puesto que el artículo 25.1 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, contempla como medida de carácter provisional en el régimen sancionador el cierre de la actividad. En cambio, acogió las alegaciones de la sociedad recurrente respecto de su derecho de defensa (artículo 24.1 CE), por cuanto interpretó que la Resolución administrativa no motivaba su razonabilidad y proporcionalidad en función de los hechos.

La Generalitat de Catalunya, con base en el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, señala que se constató que la sociedad recurrente en instancia llevaba a cabo emisiones de televisión sin contar con el necesario título, y añade que se le puso de manifiesto la ilegalidad de su actuación. Destaca, asimismo, que el cierre de las emisiones y el precinto de las instalaciones no son sanciones y niega que la recurrente padeciera indefensión puesto que en todo momento conoció las razones por las que se incoó el procedimiento sancionador y se tomó la medida provisional.

El Tribunal Supremo se remite a su Sentencia de 20 de octubre de 2008, y estima el recurso de la Administración al concluir que hay continuidad entre los requerimientos, las inspecciones y las resoluciones. En efecto, el Tribunal Supremo señala que la medida de cese de las emisiones y precinto de las instalaciones se adoptó dentro de un procedimiento sancionador. Constata que la entidad, que pudo presentar escrito de alegaciones, fue advertida de la ilegalidad de su proceder, y que fue requerida para que cesara en tal actuación, con apercibimiento de que, en caso contrario, se incoaría el procedimiento sancionador.

La Sentencia del Tribunal Supremo destaca que la Administración, tras invocar los preceptos legales aplicables, argumentó que el interés público aconsejaba la adopción de

la medida provisional, y concluye que la motivación existente no fue sólo formal, sino también material, y que no se generó ninguna indefensión, puesto que la entidad en todo momento conoció cuáles eran las razones que guiaban a la Generalitat de Catalunya.

D) Ordenanza municipal reguladora de las actividades e instalaciones de radiocomunicación

En su **Sentencia de 6 de marzo de 2012, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación número 5363/2006 (RJ 2012/4380)**, deducido por una operadora de telefonía móvil contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de julio de 2006, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a diversos artículos de la Ordenanza municipal reguladora de las actividades e instalaciones de radiocomunicación de Badalona (Barcelona).

El primer aspecto que examina la Sala del Tribunal Supremo, tras resumir ampliamente los argumentos del Tribunal de instancia, es la petición de nulidad íntegra de la Ordenanza que efectúa la entidad recurrente. La Sentencia desestima esta primera pretensión porque recuerda que en sede de casación sólo cabe impugnar la Sentencia de instancia, y no los actos o resoluciones sobre los que aquella se pronunció. Además, no resulta admisible plantear pretensiones que no fueron alegadas en instancia.

Entrando en el análisis de los artículos concretos impugnados de la Ordenanza, el Tribunal Supremo aplica la doctrina jurisprudencial emitida en sentencias anteriores del propio Alto Tribunal.

En cuanto al artículo 9 de la Ordenanza, impone a las operadoras la obligación de instalar un equipo que mida la radiación electromagnética generada por las emisiones de radiocomunicación de telefonía móvil. El Tribunal Supremo recuerda que las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio, ambiente o sanidad, no pueden desvirtuar las competencias que el artículo 149.1.21 CE reserva al Estado.

En este sentido, el Tribunal Supremo señala que la competencia del Estado en materia de telecomunicaciones comprende, con carácter exclusivo, las cuestiones estrictamente técnicas sobre el uso del dominio público radioeléctrico (STC 8/2012).

Por ello, se declara la nulidad del 9 de la Ordenanza de referencia. El resto del recurso de casación es desestimado por el Tribunal Supremo, con base en las siguientes consideraciones.

Por una parte, la Sentencia entiende que es legítimo que las Ordenanzas municipales establezcan la obligación de compartir la utilización de instalaciones, ya que así lo requieren los intereses medioambientales o urbanísticos que las Corporaciones locales deben proteger. Además, el Tribunal Supremo constata que la propia Ordenanza se remite a la normativa estatal reguladora.

Por otra parte, la Ordenanza exige la presentación y actualización de un Plan de Desarrollo de las instalaciones radioeléctricas en el municipio, requisito que constituye un presupuesto para que las distintas empresas puedan obtener licencias de obras o de funcionamiento. Para el Tribunal Supremo, esta medida es razonablemente proporcionada, para asegurar la protección de intereses municipales y garantizar una buena cobertura territorial. La Sala constata, asimismo, que las competencias estatales quedan garantizadas,

puesto que la Ordenanza establece que el Plan deberá ajustarse a las directrices y criterios técnicos aprobados por el Ministerio competente.

En lo que se refiere a las restricciones de los emplazamientos y a las normas de mantenimiento de las instalaciones, que imponen los artículos 14 y 22 de la Ordenanza, la entidad recurrente critica el uso de conceptos jurídicos indeterminados, porque consagra un ámbito de discrecionalidad administrativa. El Tribunal Supremo rechaza este argumento, porque los mencionados preceptos utilizan criterios que permiten acotar el margen de incertidumbre.

La entidad recurrente también propone una determinada interpretación sobre cómo aplicar la Ley autonómica 3/1998, de Intervención Integral de la Administración Ambiental, a las instalaciones de radiocomunicación. El Tribunal Supremo no examina este aspecto, porque se trata de una cuestión de derecho autonómico, cuyo conocimiento le está vedado.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo rechaza los motivos planteados por la entidad recurrente respecto a los artículos 4, 10.2, 15.3 y 20 de la Ordenanza, en la medida que tales motivos se expresan en términos muy genéricos, y sin justificación suficiente.

6. TRANSPORTES

A) Transportes terrestres: Adjudicación de una concesión. Derecho de preferencia de un licitador

La **Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 2012, resuelve el recurso de casación número 3406/2010 (RJ 2012/5175)**, interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de marzo de 2010, que desestimó el recurso deducido contra la Resolución administrativa por la que se adjudicaba el concurso relativo al servicio de transporte de personal del centro penitenciario de A Lama (Pontevedra).

Una de las empresas licitadoras que no obtuvo la concesión del contrato, impugnó la Resolución adjudicadora, y posteriormente recurrió en casación alegando en primer lugar la incongruencia de la sentencia de instancia, porque a su parecer no dio respuesta a dos de sus alegaciones, y que son que la motivación se produjera con posterioridad al acto impugnado, y que esa motivación era preceptiva porque la Administración se apartaba del precedente administrativo [artículo 54.1.c) Ley 30/1992, de 26 de noviembre].

El Tribunal Supremo constata que la Sala de instancia no se pronunció sobre las dos cuestiones planteadas por la entidad recurrente, y por ello estima el motivo de casación y entra a resolver tales cuestiones.

En cuanto al extremo relativo a la motivación de la actuación administrativa impugnada, el Tribunal Supremo destaca que esta motivación se encuentra en la propia resolución de adjudicación del contrato administrativo, puesto que se trata de un acto que pone fin a un procedimiento de concurrencia competitiva y, de acuerdo con el artículo 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la motivación se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulan su convocatoria.

La Sentencia precisa que el Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato litigioso establecía, como criterio objetivo de adjudicación del concurso, la oferta económicamente más ventajosa. El Tribunal Supremo añade que no resultaba de aplica-

ción lo previsto en el artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, y que, siendo la oferta finalmente escogida la más ventajosa, no resultaba exigible motivación alguna sobre la exclusión del derecho de preferencia invocado por la entidad recurrente.

A continuación, el Tribunal Supremo examina este derecho de preferencia que la citada entidad actora en casación alegaba disponer con base en la normativa autonómica gallega. El Alto Tribunal desestima esta pretensión porque el Decreto 160/1988, de 9 de junio, al cual se remite la empresa recurrente, no prevé el servicio de transporte de personal de centro penitenciario. Además, el Tribunal Supremo indica que la Administración gallega no tiene competencia en el contrato administrativo para la adjudicación del citado servicio de transporte.

RICARD GRACIA RETORTILLO
JOSEP MOLLEVI BORTOLO
JOAQUÍN TORNOS MAS
MARC VILALTA REIXACH

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

SUMARIO

1. CONSUMO.
 - A) **Sentencia definitiva sobre el sistema de ejecución de títulos sobre bienes hipotecados y los derechos de los consumidores españoles.**
 - B) **Consideración como abusivas de las cláusulas suelo de préstamos hipotecarios poco claras.**
 2. DEPORTE.
 - A) **Roberto Heras vencedor legal de la Vuelta ciclista a España 2005 y anulación de la suspensión por dos años de su licencia deportiva.**
 3. EDUCACIÓN.
 - A) **No universitaria.**
 - a) Referencia al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas.
 - b) Exigencia de escolarización conjunta de niños y niñas a efectos de los conciertos educativos.
 4. EXTRANJEROS.
 - A) **Derechos fundamentales de los extranjeros.**
 - B) **Permisos y visados.**
 - C) **Extradición.**
 - D) **Asilo y condición de refugiado.**
 - E) **Nacionalidad.**
 5. JUEGO.
 - A) **Concurso público para la autorización de un casino de juego.**
 6. SANIDAD.
 - A) **Dispensación de medicamentos de uso hospitalario.**
-

1. CONSUMO

A) Sentencia definitiva sobre el sistema de ejecución de títulos sobre bienes hipotecados y los derechos de los consumidores españoles

En el n.º 58 de la presente Revista se daba noticia de las Conclusiones de la abogada general JULIANE KOKOTT presentadas el 8 de noviembre de 2012, ante el Tribunal de Justicia (caso Mohamed Aziz contra Catalunya Caixa, petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona). Ahora se da cuenta de la **STJ de 14 de marzo de 2013**, asunto C-415/11, que en línea de continuidad con las conclusiones propuestas por la abogada general, determina con carácter definitivo que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de España que al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula y en consecuencia pueda adoptar medidas cautelares, y en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordarla sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Asimismo, se indica que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que: el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable, en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. Y para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

Finalmente, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

B) Consideración como abusivas de las cláusulas suelo de préstamos hipotecarios poco claras

La **STS de 9 de mayo de 2013**, rec. núm. 485/2012, RJ\2013\3088, responde al recurso civil planteado por la Asociación de usuarios de servicios bancarios (AUSBANC CONSUMO), en ejercicio de acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios contra distintos Bancos y sociedades de crédito.

Los préstamos concedidos por bancos y entidades financieras a consumidores, garantizados por hipoteca, son préstamos retribuidos en los que el prestatario, además de obligarse a devolver al prestamista el capital prestado, se obliga a pagar intereses fijos o variables.

En el caso de intereses variables, el tipo de interés a pagar por el prestatario oscila a lo largo del tiempo y se fija, básicamente, mediante la adición de dos sumandos: a) el tipo o índice de referencia, que es un tipo de interés, oficial o no, que fluctúa en el tiempo (el más frecuente el EURIBOR a un año); y b) el diferencial o porcentaje fijo que se adiciona al tipo de referencia. En consecuencia, de forma simplificada, la fórmula para determinar el interés a pagar por el prestatario es la siguiente: interés de referencia + diferencial = interés a pagar. Para limitar los efectos de las eventuales oscilaciones del interés de referencia, pueden estipularse limitaciones al alza —las denominadas cláusulas techo— y a la baja —las llamadas cláusulas suelo—, que operan como topes máximo y mínimo de los intereses a pagar por el prestatario. Con relación a estas últimas —únicas que son objeto de litigio—, las fórmulas utilizadas varían pero conducen a idéntico resultado, de tal forma, que en unas ocasiones se fija directamente el tipo de interés mínimo y en otras, se fija el tipo mínimo del interés de referencia. Cuando el índice de referencia o la suma del índice de referencia más el diferencial descienden por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario.

La sentencia recurrida en casación rechazó la legitimación activa de AUSBANC para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios por no estar inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. No obstante, al haberse personado el Ministerio Fiscal en defensa de los intereses generales, entró en el fondo del asunto y rechazó que las cláusulas suelo y techo tuviesen naturaleza de condiciones generales de contratación abusivas porque entendió que: a) las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación, por ser un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario; b) no existir imposición por el empresario, sino aceptación libre y voluntaria; c) no tener carácter abusivo por tratarse de cláusulas negociadas, incorporadas siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria y no generadoras de desequilibrio en los derechos y las obligaciones de las partes.

Por su parte, la sala primera del TS señala que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar. La imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores, no comporta su ilicitud. Se trata de un mecanismo de contratar propio de la contratación en masa, ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados o, como afirma la STS 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8857), se trata de un fenómeno que «comporta en la actualidad un auténtico “modo de contratar”, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico».

Pero las cláusulas suelo analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas —generales o particulares— de los suscritos con consumidores. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo —recordemos que el BE indica que «estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas»—, de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza. En definitiva, «las

cláusulas analizadas, no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor».

Finalmente, es preciso recordar que «la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa. A tal fin, con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, es preciso superar las fronteras subjetivas que fija el artículo 222.3 LEC ([l]a cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley») y proyectar sus efectos ultra partes, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE de que cese el uso de las cláusulas abusivas, y a tal efecto la regla 2.ª del artículo 221.1 dispone que «[s]i como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinara si conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente». Sin embargo, tal proyección *erga omnes* exige tener en cuenta que la EM LEC, al tratar de la tutela de intereses jurídicos colectivos llevados al proceso, afirma que «[e]n cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora», y en el caso enjuiciado, la demandante, pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirlos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos».

2. DEPORTE

A) **Roberto Heras vencedor legal de la Vuelta ciclista a España 2005 y anulación de la suspensión por dos años de su licencia deportiva**

La **STS de 11 de diciembre de 2012**, rec. núm. 4569/2011, JUR\2012\406297, rechaza los recursos de casación interpuestos por la abogacía del estado y por la RFEC contra la

Sentencia del TSJ de Castilla y León de 14 de junio de 2011 (JUR\2011\245837). Esta última sentencia anula la resolución impugnada, cinco años antes, por «el conjunto de irregularidades procedimentales» concurrentes, «junto con la vulneración del derecho a la admisión y práctica de la prueba propuesta por el actor, que era pertinente y relevante, lo que tiene la mayor importancia en este tipo de procedimientos dadas las limitaciones en materia de defensa peculiares del procedimiento por dopaje ... y el carácter inmediatamente ejecutivo de las sanciones deportivas —pues la prueba en el proceso contencioso-administrativo se produciría normalmente cuando ya se ha cumplido la sanción—...» Por lo que se concluye «que la prueba de cargo existente es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del actor, garantizada en el artículo 24 de la Constitución, al introducir en el Tribunal la duda sobre la certeza de los hechos imputados, lo que conlleva, de conformidad con lo establecido en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, a la anulación de la resolución del CNCDD-RFEC de 7 de febrero de 2006».

Lógicamente en los recursos de casación, no se llega a cuestionar tales conclusiones en materia de prueba, sino que los recursos se fundamentan en la falta o exceso de jurisdicción del TSJ, «porque la RFEC, al imponer la sanción, no ejercitaba una función pública como colaboradora de aquélla, sino que actuaba en representación de la UCI. Y porque al actuar como delegada de ésta para el ejercicio de la potestad sancionadora prevista en los estatutos y normas de una asociación privada internacional, nada impedía que la decisión que adoptara quedara sometida a arbitraje ante el TAS (Tribunal Arbitral du Sport), al que debe entenderse que (Roberto Heras) sí prestó su consentimiento». Por ello, a juicio de los recurrentes en casación la sentencia del TSJ «debió limitarse a confirmar la incompetencia decretada por el Comité Español de Disciplina Deportiva sin entrar a conocer sobre el fondo de la sanción impuesta». Asimismo, alegan que «la RFEC no actúa en las competiciones internacionales como agente colaborador de la Administración pública, sino como vicario de una asociación de ámbito internacional, la UCI, aplicando sus Estatutos y Reglamento, por lo que no estamos ante una actuación administrativa, ni ante actos sometidos al Derecho Administrativo». Finalmente, argumentan que «las normas internas españolas reguladoras de la potestad disciplinaria en el deporte son aplicables exclusivamente cuando las infracciones se han producido en competiciones de ámbito estatal o inferior, pero no si acaecen en las de carácter internacional», y se entiende que la Vuelta ciclista a España es una competición de carácter internacional.

A la vista de todo ello, la cuestión esencial para el TS es determinar si al sancionar por dopaje a Roberto Heras la RFEC ejercía o no «funciones públicas de carácter administrativo». Al efecto, el artículo 33.1 de la vigente Ley del Deporte, no ofrece duda cuando en sus letras e) y f) califica como funciones públicas «las de organizar o tutelar las competiciones oficiales de carácter internacional que se celebren en el territorio del Estado»; y, la de «ejercer la potestad disciplinaria en los términos establecidos en la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo». Además, en la letra d), incluye entre esas funciones públicas las de «colaborar con la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas» en la prevención, control y represión del uso de sustancias y grupos farmacológicos prohibidos y métodos no reglamentarios en el deporte. Asimismo, añade el TS que «a favor de esta interpretación juega también el tenor literal del artículo 73.1 LD, pues dispone que: “El ámbito de la disciplina deportiva, a los efectos de la presente Ley, y cuando se trate de actividades o competiciones de ámbito estatal

y, en su caso, internacional, o afecte a personas que participen en ellas, se extiende a las infracciones a las normas generales deportivas tipificadas en esta Ley, en sus disposiciones de desarrollo y en las estatutarias o reglamentarias de las Federaciones deportivas españolas”». Así, ese precepto incluye explícitamente en el ámbito de la disciplina deportiva a los efectos de la LD, las competiciones internacionales, sin dejar de hacerlo por el hecho de que la infracción pueda estar tipificada en normas estatutarias o reglamentarias de las Federaciones deportivas españolas, como serían las que la RFEC hace suyas por referencia al incorporarse a la UCI.

Todo ello al margen de que si múltiples SSTS (18 de junio de 2003, Ar. 6669, 10 de julio de 2003 Ar.6638 y 23 de febrero de 2004 Ar. 2005\3032) afirman que «los acuerdos de las Federaciones deportivas en relación con las licencias son adoptados en el ejercicio de funciones llevadas a cabo por delegación del poder público», como requisito preciso para poder participar en competiciones oficiales (artículo 32.4 LD y 7.1 del citado Real Decreto 1835/1991), lógicamente, la privación o la suspensión temporal de una licencia, ha de entenderse que constituye una decisión de igual naturaleza, como una manifestación más de ese ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo.

Por último en relación con el TAS, y el hecho de que la impugnación de Roberto Heras se residenció ante los Tribunales, y el pronunciamiento del TSJ de que «si se exige como requisito sine qua non para ejercer su profesión, estando la cláusula compromisoria incluida en un documento de adhesión (la licencia federativa). Que no hay sumisión libre y voluntaria al TAS se evidencia aún más en el supuesto enjuiciado porque no contiene la licencia federativa para el año 2005 dicha cláusula de sumisión...», el TS señala literalmente que «ello es bastante, por sí solo, sin necesidad de otras consideraciones, para rechazar los alegatos de las recurrentes en los que se afirma que el actor se sometió a arbitraje ante el TAS, como única vía de revisión de la resolución del CNCDD-RFEC, pues es lo cierto que en sus motivos de casación no llegan a combatir adecuadamente esa afirmación de dicha Sala de que no consta que aquél hubiera prestado libremente su consentimiento para ello. Ni, mucho menos, a demostrar la existencia de una inequívoca voluntad de sumisión, exigible como punto de partida si se defiende una tesis como aquella».

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) *Referencia al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas*

Al igual que hiciéramos en la *Crónica* anterior, y aunque corresponde a otro apartado de esta Revista destacar las sentencias que inciden sobre el reparto de competencias —entre las que ostenta el Estado y las que ostentan las Comunidades Autónomas— en materia de educación, merece la pena señalar también que, en el periodo al que se contrae esta crónica, se han producido diversas sentencias destacables por parte del Tribunal Constitucional a este respecto, dictadas todas ellas en conflictos de competencia planteados por la Generalitat de Cataluña:

— La **STC núm. 24/2013, de 31 de enero de 2013**, en relación con diversos preceptos del R.D. 1631/2006, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación secundaria obligatoria. Competencias sobre los programas de cualificación profesional inicial y con la enseñanza de lenguas propias.

— La **STC núm. 25/2013, de 31 de enero de 2013**, en relación con diversos preceptos del R.D. 1538/2006, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo. Competencias sobre los módulos de formación en centros de trabajo y de proyecto.

— La **STC núm. 47/2013, de 28 de febrero de 2012**, en relación con diversos preceptos del R.D. 828/2003, por el que se establecen los aspectos educativos básicos de la educación preescolar. Competencias sobre educación y asistencia social.

— La **STC núm. 48/2013, de 28 de febrero de 2012**, en relación con diversos preceptos del R.D. 831/2003, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes de la educación secundaria obligatoria. Competencias sobre lenguas cooficiales y composición de los equipos de evaluación que deben decidir sobre la promoción de los alumnos.

b) Exigencia de escolarización conjunta de niños y niñas a efectos de los conciertos educativos

En esta época se han producido diversas sentencias que han establecido como requisito para la renovación de los conciertos educativos la escolarización conjunta del alumnado de ambos sexos, en las que no se pone en duda la legitimidad del sistema de educación diferencia por sexo, pero sí que esos centros privados puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando el artículo 84,3 de la Ley orgánica 2/2006 prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo en el régimen de admisión de alumnos (*vid.*, por ejemplo, las **SSTS de 14 de enero de 2013**, rec. núm. 1303/2012, de **15 de enero de 2013**, rec. núm. 4928/2011 y de **23 de enero de 2013**, rec. núm. 1171/2012).

4. EXTRANJEROS

A) Derechos fundamentales de los extranjeros

La **STC núm. 17/2013, de 31 de enero**, ha resuelto un recurso de inconstitucionalidad interpuesto, en su momento (o sea, hace nueve años), por el Parlamento Vasco con respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/200, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (así como con respecto a otras leyes que se modificaban por aquélla), a cuyos efectos hay que tener en cuenta que la Ley recurrida, durante la tramitación del recurso también fue a su vez modificada.

De esta larga y enjundiosa sentencia aquí sólo procede hacer mención de los aspectos formalmente declarados inconstitucionales y de los sometidos a una interpretación conforme o adecuadora de su contenido.

Así, la previsión relativa a que la devolución de las personas que hubieran pretendido entrar ilegalmente en España llevará aparejada la prohibición de entrar en territorio español por un período máximo de tres años, se considera inconstitucional porque este *plus* sobre la devolución (devolución que, en sí, no constituye una medida sancionadora) adquiere carácter sancionador y su imposición no sigue las garantías del debido procedimiento administrativo específico (y, por tanto, conculca las garantías del artículo 24 CE).

Quedan sometidas a una interpretación acorde con la Constitución, asimismo, las previsiones relativas a la cesión o comunicación de datos entre Administraciones Públicas (incluida la Tesorería de la Seguridad Social), sin precisar el consentimiento de los interesados, en el sentido de que sólo será legítimo hacerlo cuando el dato resulte necesario o pertinente en relación con la tramitación de un concreto expediente (con lo que se puede controlar en cada caso la conformidad del acceso con lo establecido en el régimen legal que le resulta de aplicación y, así, salvaguardar el contenido del derecho garantizado por el artículo 18.4 CE). Y de similar manera las previsiones añadidas a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, en lo relativo al acceso a los datos del padrón.

En fin, también las previsiones sobre el registro de personas, ropas y enseres de las personas ingresadas en Centros de internamiento, se han sometido a interpretación adecuada a la Constitución por el Tribunal Constitucional en esta Sentencia, por cuanto que tales medidas únicamente podrán adoptarse cuando resulte imprescindible ante concretas situaciones que pongan en riesgo la seguridad del establecimiento, viniendo obligada la Administración a justificar en cada caso la adopción de la medida y su alcance, así como a informar al afectado de la dimensión e intensidad del registro (con lo cual se salvaguarda el derecho fundamental a la intimidad, consagrado en el artículo 18.1 CE).

A esta Sentencia le acompaña un meditado voto particular suscrito por cuatro Magistrados y favorable a una mayor amplitud en la declaración de inconstitucionalidad y a la necesidad de una mayor precisión legislativa en los preceptos restrictivos de los derechos fundamentales (no siendo suficiente con el recurso al principio de proporcionalidad).

B) Permisos y visados

En este ámbito podemos mencionar tres sentencias. La **STS de 26 de diciembre de 2012**, rec. núm. 2352/2012, ratifica la procedencia de la denegación de visado de residencia por reagrupamiento familiar —teniendo la nacionalidad española la reagrupante (hija de la que pretendía el visado)—, por falta de demostración de que estuviera «a cargo» de ella.

La **STS de 27 de diciembre de 2012**, rec. núm. 2589/2012, ratifica también la denegación del visado de reagrupación familiar ante las sospechas manifestadas por el Consulado, tras la entrevista personal, con respecto a que se tratase de un matrimonio «de conveniencia».

Por último, la **STS de 27 de diciembre de 2012**, rec. núm. 3287/2012, rechaza que un Consulado pueda denegar el visado cuando haya habido un reconocimiento previo del derecho a la reagrupación familiar por parte de la Administración —como era el caso— fuero de los supuestos que el propio Tribunal Supremo tiene establecidos en su Sentencia de 5 de octubre de 2011.

C) Extradición

En primer lugar, la **STC núm. 31/2013, de 11 de febrero**, concede el amparo frente a una extradición (pasiva) otorgada por la Audiencia Nacional en favor de la Región Administrativa Especial de Hong Kong. La razón es que se aprecia una violación de los artículos 24 CE (tutela judicial efectiva) 17 CE (libertad individual) por inexistencia de un tratado de naturaleza extradicional con dicha Región autónoma de la República Popular de China. Llama la atención la calificación de «garantía institucional básica» que hace el Tribunal Constitucional con respecto al proceso extradicional contemplado en el artículo 13.3 CE (lo que es criticado por el voto particular discrepante).

Por su parte, las **SSTS de 28 de enero de 2013**, rec. núm. 367/2012, y de **30 de enero de 2013**, rec. núm. 374/2012, tras rechazar la excepción de inadmisibilidad planteada por el Abogado del Estado, desestiman el recurso interpuesto contra Acuerdo del Consejo de Ministros sobre continuación en vía judicial del procedimiento de extradición solicitada por las autoridades de la República de Serbia, con fundamento, especialmente, en que con tal acto no se pone fin al proceso extradicional sino que será en la posterior vía judicial donde se puedan hacer valer las supuestas deficiencias de las solicitudes.

D) Asilo y condición de refugiado

La **STS de 5 de diciembre de 2012**, rec. núm. 1723/2012, ratifica la denegación de asilo —en un complejo proceso instado por un ciudadano sirio, casado con española— a un recurrente que había sido objeto de un previo procedimiento de expulsión. El parecer mayoritario va acompañado de un voto particular discrepante.

La **STS de 19 de diciembre de 2012**, rec. núm. 1711/2012, anula la denegación de estudio de la solicitud de protección internacional (con decisiva invocación de sendas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), que implicaba la devolución del solicitante (afgano, de origen) a Grecia (país de entrada en la Unión Europea), en atención a las deficientes condiciones constatadas que ofrece dicho Estado miembro de la Unión para la atención de los solicitantes de asilo.

E) Nacionalidad

La **STS de 19 de diciembre de 2012**, rec. núm. 6581/2010, ratifica la procedencia de la denegación de nacionalidad por residencia al constatar la existencia de antecedentes por delito contra la seguridad del tráfico (inicialmente sobreseídas las diligencias y posteriormente apreciada la prescripción), lo que impide dar por probada la buena conducta cívica exigible.

5. JUEGO

A) Concurso público para la autorización de un casino de juego

La **STS de 14 de enero de 2013**, rec. núm. 751/2008, JUR\2013\25601, confirma la STSJ de Asturias que desestimaba el recurso de la demandante, al entender que las razones

dadas por la comisión de valoración —y refrendadas por la resolución de la Consejería del Principado de Asturias— para excluirla del concurso se ajustaban a las bases de la convocatoria. En concreto, la Sala territorial aceptó que la propuesta no cumplía las exigencias del apartado tercero (disponibilidad de los terrenos) y del apartado cuarto (destino principal de los terrenos a casino de juego y no a servicios complementarios) de la base segunda del concurso.

Las razones que constaban en la resolución administrativa no se fundan en el carácter público o privado de los documentos de opción de compra aportados, ya que las referencias al carácter privado y no público de los documentos contractuales serían un mero y adicional argumento *ad abundantiam*. El contenido del motivo se limita, en síntesis, a afirmar —con apoyo en dos citas jurisprudenciales— que el contrato de opción de compra no se encuentra propiamente recogido en el artículo 1451 del Código Civil y, por consiguiente no eran «documentos de promesa de compraventa». Aduce, de nuevo, la sociedad recurrente que no era necesaria la elevación a escritura pública de aquellos documentos y concluye reiterando, sin más, que había acreditado debidamente el requisito de disponibilidad de los terrenos. La Sala de instancia consideró, por el contrario, que la parte actora no había desvirtuado los «razonamientos contenidos en la resolución de 24-3-2004 en cuanto a la disponibilidad de los terrenos», razonamientos que el tribunal dio por válidos para excluir a aquélla del concurso. La lectura de la resolución administrativa después refrendada por la Sala revela, en lo que afecta a esta cuestión litigiosa, cómo los motivos de la Comisión de Valoración para excluir la propuesta atendían primordialmente a una cuestión temporal. Los contratos de opción de compra supuestamente acreditativos de la disponibilidad de los terrenos tenían una «fecha de ejercicio o caducidad (31 de diciembre de 2003 y 30 de enero de 2004) anterior a la fecha de expiración del plazo legal de resolución del mencionado concurso (11 de febrero de 2004)». Fue ésta, pues, la razón clave que la Administración, primero, y la Sala de instancia, más tarde, utilizaron para considerar que en el momento fijado al efecto (el último día del plazo para resolver el concurso) la entidad solicitante no había acreditado que, jurídicamente, tuviera la disponibilidad de los terrenos o edificaciones en los que pretendía instalar el casino.

Asimismo, la Sala de instancia dio también por buena la decisión administrativa, basada en el juicio de la Comisión de Valoración, sobre el incumplimiento del requisito establecido en el apartado 4 de la base segunda de la convocatoria, una vez que el examen de la certificación emitida por el Ayuntamiento de Gijón le permitía concluir que las «determinaciones urbanísticas de la UE-100» (donde se levantaría el establecimiento de juegos) imponían un complejo de talasoterapia que podía incluir «como uso complementario un casino». A juicio de la Comisión, el casino debía, según las bases, constituir la «instalación principal, esencial o nuclear a la que se adscriben servicios complementarios» y no al revés. Cualquiera que fuera la decisión sobre si, a tenor del apartado cuarto de las bases, los terrenos tenían como destino principal el de servir a un casino de juego, en nada variaría el resultado final del litigio pues, a tenor de las normas reguladoras de la convocatoria era condición inexcusable que las sociedades aspirantes a la adjudicación tuvieran la disponibilidad de aquellos terrenos. Negada esta premisa, la polémica sobre el destino de los terrenos resulta ya estéril.

6. SANIDAD

A) Dispensación de medicamentos de uso hospitalario

Las **SSTS de 4 de diciembre de 2012**, rec. núm. 5733/2011 y de **11 de diciembre de 2012**, rec. núm. 4606/2012, se inclinan por considerar ilegal una autorización otorgada por la Administración autonómica correspondiente sin que estuviese desarrollado (por el Estado) la previsión legal para la venta directa a profesionales de la medicina, odontología y veterinaria los medicamentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional (desarrollo reglamentario previsto en la disposición final quinta de la Ley 29/2006, del Medicamento).

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

A) Jurisdicción.

- a) Corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa conocer de un recurso especial en materia de contratación.
- b) Los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden declarar inválidos los actos de las instituciones de la Unión Europea.

B) Sujetos: Legitimación.

- a) Interpretación limitativa de la legitimación activa para promover el incidente de ejecución de sentencia que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

C) Procedimiento.

- a) Constitucionalidad de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo.
- b) El artículo 45.2.d) LJCA se cumplimenta con una autorización genérica para el ejercicio de acciones adoptada por la sociedad en favor de sus letrados y procuradores.
- c) Vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la inadmisión de un recurso de apelación que no toma en consideración que el recurrente había advertido repetidamente al órgano jurisdiccional de que su petición de reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita se hallaba pendiente de resolución.

D) Sentencias.

- a) La estimación de un recurso contencioso-administrativo frente a una liquidación tributaria no impide que la Administración dicte una nueva liquidación, salvo que se base en la inexistencia o extinción sobrevenida de la obligación tributaria liquidada.
- b) La jurisprudencia sobre pérdida sobrevenida de objeto por firmeza de sentencia firme que anula una disposición general es aplicable al deslinde marítimo terrestre.

E) Medidas cautelares: el artículo 200 bis de la Ley de Contratos del Sector Público regula una singular medida cautelar.

F) Extensión de efectos de sentencia: Procede la extensión del fallo con independencia de la ulterior sentencia de otro TSJ recaída en una cuestión de ilegalidad que regulaba el objeto de debate.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde 1 septiembre 2012 hasta el 1 de diciembre 2012, entre los que merecen ser destacados los relativos a la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo y la extensión de efectos de sentencia.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción

- a) *Corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa conocer de un recurso especial en materia de contratación*

El defecto de jurisdicción se produce cuando el Tribunal se abstiene de resolver sobre la cuestión planteada por entender erróneamente que corresponde a la Administración o a otro orden jurisdiccional. La **STS de 21 de noviembre de 2012 (Rec n.º 5049/2011)** estima el recurso de casación por defecto de jurisdicción al entender que corresponde a conocer a la contencioso-administrativa de un recurso especial en materia de contratación.

En este caso, el auto recurrido se basa únicamente en que el contrato cuestionado no fue suscrito por una Administración Pública presupuesto exigido por el artículo 9.4 LOPJ y 1 LJCA para atribuir el conocimiento del asunto a la Jurisdicción contencioso-administrativa —aunque se tratase de una sociedad mercantil de capital público—. La concepción de los límites del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa en que se sustentan los autos recurridos, fundada exclusivamente en los citados artículos, supone una concepción inaceptablemente reduccionista en cuanto prescinde de un elemento esencial del propio artículo 9 LOPJ, en función del cual el límite de su apartado 4 puede ser ampliado. En efecto, el artículo 9 de la LOPJ, que constituye la clave de arco de la definición de los ámbitos de los distintos órdenes jurisdiccionales, precisa en su apartado 1 que «Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley». Es preciso observar que la definición de esos ámbitos de los distintos órdenes jurisdiccionales no se acota en exclusiva en el propio artículo 9, que es la tesis implícita en los autos recurridos, sino que se abre a otras leyes, como expresamente se indica en el inciso final. Al respecto debe marcarse énfasis especial en la expresión legal de «por esta u otra ley».

La llamada desde la LOPJ, clave de la ordenación total, a otras leyes permite así, sin riesgo alguno de colisión con el apartado 4.º, que otras leyes amplíen el ámbito jurisdiccional del orden contencioso administrativo a supuestos que con arreglo a aquel apartado no entrarían en él. Esto es precisamente lo que ocurre en este caso en virtud de lo dispuesto en la Ley 30/2007, reformada por la Ley 34/2010, que, de modo inadecuado, los Autos recurridos han omitido considerar, al estar anclados exclusivamente en los preceptos que en ellos se citan, sin tomar en consideración que, además de la LJCA, debe atenderse a lo que resulta de lo dispuesto en la Ley 30/2007, cuyo ámbito objetivo tiene un alcance más amplio que el mero contrato administrativo, pues, como dice el artículo 1 de dicha Ley, «tiene por objeto regular la contratación del sector público». El ámbito de aplicación de

la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, es más amplio que el estricto del contrato administrativo, porque no se limita, como la LJCA, a las Administraciones públicas y a los contratos administrativos que celebren éstas, sino que se extiende a los contratos del Sector Público, ámbito objetivo y subjetivamente más amplio que el de los contratos administrativos. La Ley 30/2007 tiene por objeto regular la contratación del sector público; es decir, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3. Las sociedades mercantiles están incluidas en el ámbito subjetivo de la Ley 30/2007, de la Ley de Contratos del Sector Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 apartados 3.1 d) y h) y 3.3.b), éste último que considera poder adjudicador a las sociedades mercantiles de capital público que reúnan los requisitos que describe el precepto.

El Parque Tecnológico S.A. constituye una sociedad mercantil en cuyo capital social participa mayoritariamente la Administración de la Comunidad Autónoma. Por tanto, dicha entidad, según la Ley de Contratos del sector público, es un poder adjudicador. Como la recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas para la contratación de las obras de construcción del centro I+D y actividades innovadoras en la IS-1 para empresas en el Parque Tecnológico, la Jurisdicción contencioso administrativa era la competente para conocer del recurso contencioso administrativo contra la desestimación del recurso especial en materia de contratación.

b) Los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden declarar inválidos los actos de las instituciones de la Unión Europea

El objeto real de la impugnación en la **STS de 24 de octubre de 2012** (Rec. n.º 207/2012) se centra en la Directiva 2008/101/CE y la incompatibilidad Derecho Comunitario con diversos instrumentos de Derecho internacional, en concreto el Convenio de Chicago y otros convenios internacionales sobre aviación civil internacional, por ser materia cuya regulación compete a los Estados y no a la Unión. La resolución que comentamos declara que los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones de la Unión Europea, pues sólo es competente el TJUE y éste rechaza contrastar la Directiva citada con el Convenio de Chicago por considerar esta norma inservible a tales efectos.

En efecto, partiendo de la base ya apuntada de que en el fondo lo que la parte recurrente discute no es la validez del Acuerdo administrativo impugnado como tal, ni siquiera de la normativa española en que se basa, sino que dirige su ataque frontalmente contra la Directiva Comunitaria 2008/101, ocurre que las extensas alegaciones que hace con el objeto de razonar la falta de adecuación de la Directiva 2008/101 al Convenio de Chicago tropiezan con el obstáculo insalvable para el Alto Tribunal que supone el hecho de que el TJUE ha declarado de forma clara que dicho Convenio no puede ser invocado ni utilizado como parámetro de enjuiciamiento de la validez de la Directiva. No ha de olvidarse, en este sentido, que según doctrina constante del propio TJUE, los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen la facultad de declarar inválidos los actos de las instituciones de la Unión Europea, pues sólo el mismo TJUE es competente para efectuar una declaración de esa índole, por exigirle así la necesidad de garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Así las cosas, si el TJUE rechaza contrastar la Directiva 2008/101 con el Con-

venio de Chicago por considerar esta norma inservible a tales efectos, no puede la parte recurrente pretender que sea el Tribunal Supremo de España quien lo haga, situando a este órgano judicial nacional en la tesitura de efectuar una declaración para la que carece de competencia alguna, cual es de la pronunciarse sobre la invalidez de un acto de la Unión. Y lo mismo se dice respecto de las alegaciones que hace la parte recurrente para confrontar la directiva cuestionada con el Protocolo de Kyoto. Una vez declarado por el TJUE que tampoco este Acuerdo de Derecho Internacional resulta invocable para cuestionar la validez de la Directiva 2008/101, ni puede pedirse ni cabe esperar que sea el órgano judicial nacional el que, sorteando al TJUE, acuda a ese Protocolo para enjuiciar la conformidad a Derecho de la Directiva.

La facultad de plantear cuestiones prejudiciales al TJUE deviene obligatoria cuando la decisión procede del órgano jurisdiccional interno cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en el Derecho español, como es ahora el caso, cuando lo que está en juego es la salvaguardia de la unidad en la aplicación del Derecho comunitario. Ahora bien, eso no significa que el Tribunal Supremo de España quede desprovisto de un cierto margen de apreciación a fin de determinar la relevancia que a los fines del proceso pudiera revestir el planteamiento de las cuestiones prejudiciales. Como es bien sabido, con carácter previo al eventual planteamiento de una cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo debe valorar la posible concurrencia de dos circunstancias cuya apreciación exime de dicho planteamiento: por una parte, si existe jurisprudencia sobre la cuestión a dirimir en ese juicio prejudicial en un caso análogo; y por otra, que la solución desestimatoria se imponga con evidencia tal —acto claro— que impida la aparición de duda razonable sobre la cuestión debatida, y siempre que esa misma evidencia sería apreciada por los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros. Pues bien, tales excepciones concurren en el presente caso, pues la sentencia del TJUE de la que se hace exhaustiva cita marca el sentido de la respuesta en términos tales que dan lugar a que no se suscite duda razonable que exija el planteamiento de la cuestión prejudicial.

B) Sujetos: Legitimación

a) *Interpretación limitativa de la legitimación activa para promover el incidente de ejecución de sentencia que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva*

La STC 188/2012, de 29 de octubre, concluye que las resoluciones impugnadas han realizado una interpretación y aplicación del concepto de persona interesada, a que se refiere el artículo 110.1 LJCA de 1956, basada en criterios rigoristas que revelan una clara desproporción entre los fines que se preservan y los intereses que se sacrifican, ya que han excluido al recurrente como persona legitimada activamente para promover el incidente de ejecución por entender que dicha legitimación sólo la ostentan los titulares del contrato de suministro en el momento de dictarse la Sentencia a ejecutar, dando con ello respuesta únicamente a una eventual pretensión de devolución de lo indebidamente cobrado pero dejando sin valorar su interés legítimo en relación con la pretensión de cuantificación administrativa de lo debido por el incremento unilateral de potencia eléctrica.

Como ya se destacó en la STC 111/2009, FJ 3, la Sentencia objeto de ejecución se refería no sólo a la posibilidad de que los perjudicados reclamaran a la empresa eléctrica lo

indebidamente cobrado, sino, con carácter previo y principal, a la obligación de la empresa eléctrica de fijar cuál era la cantidad abonada de forma indebida y, en caso de incumplimiento, la obligación sustitutiva de la Administración de afrontar dicha obligación con cargo a la empresa. Pues bien, teniendo en cuenta este extremo, limitar la legitimación activa a los supuestos de titularidad del contrato de suministro recae en lo ya apreciado en la citada STC sólo en una eventual pretensión de devolución de lo indebidamente cobrado, pero no en la pretensión más amplia y principal de la Sentencia a ejecutar relacionada con la operación de cuantificación pendiente, cuyo interés podría radicar en circunstancias ajenas a la efectiva titularidad, en aquel momento, de un contrato de suministro.

En relación con esta última pretensión de cuantificación, era preciso tomar en consideración la amplitud ya señalada que asume el concepto de interés legítimo y, especialmente, el de titularidad potencial de una ventaja en el sentido de que se pueda apreciar un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto de la pretensión ejercitada y ponerla en relación con los intereses alegados por el recurrente en dicha cuantificación. A esos efectos, un adecuado juicio de proporcionalidad sobre el eventual interés legítimo del recurrente respecto de esta pretensión de cuantificación, respetuoso con el principio *pro actione*, hubiera exigido valorar otros extremos alegados por el recurrente para justificar la existencia de un efecto positivo o negativo actual o futuro respecto de dicha cuantificación como eran los derivados del uso de la finca por convivencia con la titular del contrato, el ostentar derechos de nudo propietario sobre la misma, el pago de las facturas, el haber solicitado y obtenido con posterioridad la sustitución por subrogación en el contrato de suministro y el reconocimiento judicial de la legitimación activa en otros procedimientos respecto de dicho contrato, incluyendo el derecho de acceder a determinados documentos que afectaban a este contrato de suministro. Esta valoración fue omitida en las resoluciones judiciales impugnadas que han vulnerado así el derecho de acceso a la jurisdicción del recurrente por haberse limitado a fundamentar su falta de legitimación activa para promover el incidente de ejecución en un juicio relativo a la relación entre sus intereses y la pretensión de devolución de lo indebidamente cobrado, pero obviando los eventuales intereses alegados por el recurrente en relación con la pretensión de la operación de cuantificación pendiente.

C) Procedimiento

a) Constitucionalidad de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo

La STC 162/2012, de 20 de septiembre, desestima la impugnación del artículo 35 de la Ley 53/2002 y encuadra competencialmente la cuestión debatida en la materia «Administración de Justicia» habida cuenta de los aspectos que se debaten. Sin embargo, precisa más este encuadramiento, pues si bien al Estado le corresponde la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia (artículo 149.1.5 CE), la Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta también competencias en relación con los medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia (artículos 147 y 148 del Estatuto de Autonomía de Andalucía) siendo necesario diferenciar el alcance de ambas competencias.

Dicha delimitación competencial se ha reiterado en la doctrina constitucional (SSTC 56/1990, de 29 de marzo; 62/1990, de 30 de marzo; 158/1992, de 26 de octubre; 105/2000, de 13 de abril; y 253/2005, de 11 de octubre, entre otras) distinguiendo entre un sentido estricto y un sentido amplio en el concepto de Administración de Justicia. Así, en cuanto al primero, tal como recuerda la STC 109/2011, de 22 de junio, FJ 3, «al Estado le corresponde la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia ex artículo 149.1.5 CE (al respecto, STC 56/1990, de 29 de marzo, FJ 6, doctrina posteriormente reiterada en las SSTC 105/2000, de 13 de abril, FJ 2, y 253/2005, de 11 de octubre, FJ 5)», competencia que supone, en primer lugar, «que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del artículo 117.5 de la Constitución; en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (artículo 122.2 de la Constitución)» (STC 294/2006, de 11 de octubre, FJ 3). Por lo que respecta a las competencias autonómicas en esta última Sentencia y fundamento jurídico se indicó que «[f]rente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existe un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se coloca, como dice expresamente el artículo 122.1, al referirse al personal al servicio de la Administración de Justicia, esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial, cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales».

La propia configuración de la tasa permite concluir que no nos encontramos en la vertiente administrativa sino que, por el contrario, pone claramente de manifiesto la relación con la función jurisdiccional del Estado, pues se refiere a la puesta en marcha o a la continuación de determinados procesos en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo, vinculándose expresamente a la realización de determinados actos procesales regidos por la legislación estatal y ante órganos que son expresión de un poder único en todo el territorio del Estado. La tasa persigue financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional que conlleva juzgar las demandas que determinados justiciables deciden libremente interponer en defensa de sus derechos e intereses legítimos, disminuyendo así correlativamente la financiación procedente de los impuestos con cargo a la generalidad de los ciudadanos. Por ello, como señala la STC 20/2012, de 16 de febrero, FJ 12, las tasas aquí establecidas «son tributos cuyo hecho imponible no es ajeno a la función jurisdiccional y que imponen una carga económica que persigue un fin vinculado al proceso mismo». Por tanto, la regulación de la tasa por el Estado se justifica porque el hecho imponible se hace recaer, no ya sobre el servicio público de la Administración de Justicia, que puede ser asignado a las Comunidades Autónomas, que lo gestionan en cuanto a la dotación y financiación de los medios personales y materiales precisos, sino, específicamente, sobre «el ejercicio de la potestad jurisdiccional» que es una actividad típica e indeclinablemente estatal, en cuanto manifestación de uno de los poderes del Estado ante el que se ha puesto en marcha un proceso o instado su continuación.

La consecuencia es que el hecho imponible de la tasa está desvinculado de las competencias autonómicas relativas a la previsión de los medios materiales necesarios para el desarrollo de la función judicial, y por tanto, corresponde al Estado la competencia para establecerla así como su gestión y recaudación, lo que nos coloca en una situación similar

a la que ya se examinó, en relación a los depósitos y consignaciones judiciales en la STC 50/2006, de 16 de febrero, FJ 4, cuando se afirma: «Es más, en rigor, estos ingresos han de considerarse fuente de la hacienda estatal, pues, como hemos dicho en otras ocasiones, aunque dicha categoría no puede entenderse circunscrita a los ingresos tributarios (SSTC 49/1995, de 16 de febrero, FJ 3; 171/1998, de 23 de julio, FJ 7) sí que requiere que sea posible la calificación de los ingresos como derechos económicos de la hacienda pública en cuanto que los “organiza, genera y gestiona el Estado” (STC 171/1998, de 23 de julio, FJ 8) lo que, de acuerdo con lo que antes concluimos, sucede en esta ocasión en que el origen del rendimiento económico son unas cantidades depositadas para asegurar el buen funcionamiento de la Administración de Justicia o como consecuencia de la aplicación de normas procesales, penales o de otro tipo, de estricta titularidad estatal, resultando, pues, de aplicación el artículo 149.1.14 CE».

En suma, no puede aceptarse la invocación de la competencia autonómica para la provisión de medios a los órganos judiciales, con cita de la doctrina constitucional acerca del reparto territorial de competencias en materia de Administración de Justicia, pues solamente en el sentido amplio de la noción de Administración de Justicia tienen cabida las competencias autonómicas y ya se ha dejado sentado que nos encontramos aquí en el ámbito estricto de la Administración de Justicia.

Por la misma razón de encontrarse el hecho imponible de la tasa desvinculado de las competencias autonómicas relativas a la provisión de los medios materiales necesarios para el desarrollo de la función judicial tampoco procede atender el alegato relativo al reparto de la recaudación pues, por lo demás, la Comunidad Autónoma cuenta con competencias para «la gestión, la liquidación y la recaudación de las tasas judiciales... en el ámbito de sus competencias sobre Administración de Justicia» [artículo 148 f) del Estatuto de Autonomía].

b) El artículo 45.2.d) LJCA se cumplimenta con una autorización genérica para el ejercicio de acciones adoptada por la sociedad en favor de sus letrados y procuradores

La **STS de 23 de noviembre de 2012** (Rec. n.º 6427/2011), al desestimar el recurso de casación planteado frente a la sentencia de un TSJ, reitera lo dicho en un anterior pronunciamiento de 11 de diciembre 2009 y considera que la autorización genérica para el ejercicio de acciones adoptada por una sociedad en favor de sus letrados y procuradores satisface plenamente las exigencias contenidas en el artículo 45.2.d) de la LJCA.

El artículo 45.2 LJCA debe interpretarse en el sentido de que, tratándose de recursos interpuestos por entidades mercantiles, sólo resultan exigibles los requisitos previstos en las letras a) y c) del mismo. Tratándose de recursos contencioso-administrativos interpuestos por entidades mercantiles, los únicos documentos que han de acompañar al escrito de interposición del recurso son: el documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso; y la copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se recurran.

No cabe exigir en estos supuestos el documento mencionado en la letra d) del citado precepto, pues la exigencia prevista en el mismo opera sólo respecto a aquellas instituciones o corporaciones que por ministerio de la ley o por prescripción estatutaria están

obligadas a recabar el acuerdo favorable de determinados órganos para ejercitar válidamente las acciones que les competan (por ejemplo, Asociaciones, Colegios profesionales, etc.), pero en ningún caso es requisito aplicable al ejercicio de acciones por las personas jurídicas y, menos las de naturaleza mercantil.

De la doctrina expuesta en determinados pronunciamientos que se reseñan se desprende que en el supuesto de interposición de recursos contencioso-administrativos por entidades mercantiles, únicamente es exigible el requisito previsto en la letra a) del artículo 45.2 LJCA, es decir, que se acompañe el documento acreditativo de la representación del procurador compareciente en nombre de la sociedad, sin que sea necesario el documento en el que conste la decisión del órgano competente de la Sociedad de interponer el correspondiente recurso, por tratarse éste de un requisito previsto en la norma únicamente para aquellos entes o instituciones cuyos estatutos imponen la obligación de obtener o lograr una autorización específica para emprender acciones judiciales.

c) *Vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la inadmisión de un recurso de apelación que no toma en consideración que el recurrente había advertido repetidamente al órgano jurisdiccional de que su petición de reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita se hallaba pendiente de resolución*

La STC 204/2012, de 12 de noviembre, recuerda la doctrina sobre los parámetros con los que han de fiscalizarse en sede constitucional las resoluciones judiciales que inadmitan un recurso legalmente previsto:

a) No existe un derecho derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las resoluciones judiciales, salvo en lo relativo a Sentencias penales condenatorias, de manera que, con esta última excepción, son cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales las que determinan los concretos supuestos en que procede un recurso, de modo que su establecimiento y regulación pertenecen, en principio, al ámbito de libertad del legislador (por todas, SSTC 251/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 270/2005, de 24 de octubre, FJ 3; y 19/2009, de 26 de enero, FJ 3) y en todo caso, una vez que el legislador ha previsto un concreto recurso contra determinadas resoluciones judiciales, el derecho a disponer del citado recurso pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, incorporándose o integrándose en él, lo que es coherente con el carácter del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como derecho de configuración legal (STC 115/2002, de 20 de mayo, FJ 5).

b) La decisión sobre su admisión y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que esté sujeto constituye, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde determinar a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas, STC 252/2004, de 20 de diciembre, FJ 3), sin que del artículo 24.1 CE dimane un derecho a obtener en todo caso una decisión sobre el fondo del recurso interpuesto, que puede ser inadmitido por razones formales o de fondo (entre otras muchas, SSTC 48/2002, de 25 de febrero, FJ 3; y 337/2005, de 20 de diciembre, FJ 4).

c) Corresponde al Tribunal Constitucional enjuiciar, a través de los procedimientos de amparo, si la inadmisión de un determinado recurso ha podido suponer la lesión del

derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). En numerosas ocasiones se ha efectuado ese control, elaborando una doctrina que desde nuestra STC 37/1995, de 7 de febrero, afirma que el principio *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, cuando se trata de acceder a la jurisdicción, que en las sucesivas, cuando se intentan utilizar los recursos de nuestro sistema procesal. Mientras que el derecho a la obtención de una primera resolución judicial razonada y fundada en Derecho goza de protección constitucional directa en el artículo 24.1 CE, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio, y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal. De este modo el principio *pro actione* encuentra su ámbito característico de aplicación en el acceso a la jurisdicción y en la doble instancia penal, pero no en los demás casos, en los que el derecho a acceder a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación (por todas, SSTC 91/2005, de 18 de abril, FJ 2; 107/2005, de 9 de mayo; FJ 4; y 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2).

En suma, el control constitucional que puede realizar este Tribunal sobre las resoluciones judiciales que inadmitan un recurso es meramente externo y debe limitarse a comprobar si se apoyan en una causa legal o si han incurrido en error fáctico patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad.

En el caso analizado, la solicitud se formuló dentro de plazo y el recurrente actuó diligentemente advirtiendo al órgano jurisdiccional, de modo repetido, que la petición estaba pendiente de resolución por la comisión de asistencia jurídica gratuita, por lo que debe concluirse que la decisión del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de inadmitir el recurso de apelación fue manifiestamente irrazonable y, por tanto, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE. No cabe hacer depender la efectividad del derecho de justicia gratuita de la celeridad con que un órgano administrativo, como sucede con la comisión de asistencia jurídica gratuita, resuelva la correspondiente petición sin que el órgano judicial tomase en consideración el efecto suspensivo que a la solicitud confiere el artículo 16 de la Ley reguladora de la asistencia jurídica gratuita.

D) Sentencias

- a) *La estimación de un recurso contencioso administrativo frente a una liquidación tributaria no impide que la Administración dicte una nueva liquidación, salvo que se base en la inexistencia o extinción sobrevenida de la obligación tributaria liquidada*

La STS de 19 de noviembre de 2012 (Rec n.º 1215/2011) declara como doctrina legal que «la estimación del recurso contencioso administrativo frente a una liquidación tributaria por razón de una infracción de carácter formal, o incluso de carácter material, siempre que la estimación no descansa en la declaración de inexistencia o extinción sobrevenida de la obligación tributaria liquidada, no impide que la Administración dicte una nueva liquidación en los términos legalmente procedentes, salvo que haya prescrito su derecho a hacerlo, sin perjuicio de la debida subsanación de la correspondiente infracción de acuerdo con lo resuelto por la propia Sentencia».

La Sala venía manteniendo la posibilidad de reiterar liquidaciones tributarias anuladas vía económico-administrativa por defectos procedimentales, a fin de que la Administración pueda subsanar el vicio advertido, aunque la resolución no lo hubiese ordenado. En este sentido, resultan significativas las sentencias de 26 de Marzo de 2012, (cas. 5827/2009) y de 14 de Junio de 2012, (casaciones 6219/2009 y 5043/2009), que resumen la posición de la Sala, basada en la doctrina de la conservación de los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido de no haberse cometido la infracción procedimental que dio origen a la nulidad, así como en la posibilidad de convalidación por la Administración de los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan (artículo 66 y 67 de la Ley 30/1992), aunque recuerdan los límites establecidos a partir de la sentencia de 7 de Octubre de 2000 (cas 3090/94), la prescripción y la santidad de la cosa juzgada, que impide reconocer una tercera oportunidad, en aras del principio de buena fe, al que están sujetas las Administraciones Públicas en su actuación (artículo 3.1 de la Ley 30/1992), por la proscripción del abuso de derecho y por el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 CE.

En cambio, la Sala ha negado la retroacción de actuaciones para los supuestos de vicios de fondo apreciados en vía económico-administrativa. Así, las sentencias de 7 de Abril de 2011 (cas. 872/2006) y de 26 de Marzo de 2012 (cas. 5827/2009), aunque esta última matizó la doctrina, al señalar que el hecho de que no quepa retrotraer actuaciones cuando la liquidación adolece de un defecto sustantivo, no trae de suyo que le esté vedado a la Administración aprobar otra liquidación ajustada a Derecho, mientras no haya decaído su derecho por el transcurso del tiempo. A esta última conclusión se llega en la referida sentencia de 26 de Marzo de 2012, porque la imposibilidad de volver a liquidar, aun cuando la potestad no haya prescrito, carece de sustento normativo, tanto ordinario como constitucional, agregándose que «Aún más, el ya mencionado principio de eficacia administrativa y el diseño de un sistema justo en el que cada cual ha de tributar de acuerdo con su capacidad económica (artículo 31.1 de la Constitución) abogan por una solución distinta, siempre, claro está, que la seguridad jurídica quede salvaguardada mediante el respeto de los plazos de prescripción y las garantías de defensa del contribuyente debidamente satisfechas».

Lo que ahora se cuestiona en la sentencia comentada es la facultad de la Administración Tributaria de reiterar actos de naturaleza tributaria tras haber sido anulados por sentencia judicial, con independencia de cuál haya sido el tipo de vicio o defecto determinante de la anulación, no obstante haberse limitado el tribunal a anular la liquidación tributaria. Con independencia de que se conciba el recurso contencioso administrativo como un proceso al acto, o se parta de la naturaleza del mismo como un proceso entre partes, hay que reconocer que la solución tiene que venir dada, a falta de una expresa regulación en la LJCA, y sin necesidad de acudir a la normativa constitucional, ante la existencia de varios derechos en conflicto, a lo que se establezca en la normativa administrativa general o en la estrictamente tributaria, sin que ello suponga infringir los efectos materiales de la cosa juzgada, ya que la nueva actuación administrativa no trata de reproducir el acto inicial anulado, sino de ajustarse a la Ley, ni los preceptos que regulan la ejecución de las resoluciones de los Tribunales, artículos 103 y siguientes, porque basta dejar sin efecto la liquidación anulada con todas sus consecuencias (devolución de lo indebidamente ingresado con sus intereses legales, reconocimiento del derecho a recibir los costes de las garantías aportadas si se acordó la suspensión o anulación incluso de la vía de apremio), para que la sentencia

se considere ejecutada. En definitiva, al no impedir la LJCA la posibilidad de remediar los vicios que hayan dado lugar a la estimación del recurso, debe estarse a la regulación establecida en la ley 30/1992 y en la Ley General Tributaria, normativa que permite la reiteración de los actos anulados, tanto en el caso de vicios de forma o de procedimiento, como en el de infracción sustantiva o error iuris. Así, los artículos 66 y 67 de la Ley 30/92, el artículo 26.5 de la Ley General Tributaria y el artículo 70 del Reglamento de 2005.

Sin embargo, esta facultad de la Administración no es absoluta, pues está sujeta, de un lado, al límite de la prescripción, debiendo tenerse en cuenta en este punto la jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción y la negativa a reconocer tal efecto a las actos nulos de pleno derecho (sentencia, entre otras, de 11 de Febrero de 2010, cas. 1198/01) y, de otro, a la imposibilidad de la repetición del mismo error por la Administración Tributaria, no pudiendo tener consecuencias tampoco en la determinación de los intereses de demora, como ha reconocido esta Sala recientemente, rectificando su anterior doctrina, en las dos sentencias de 14 de Junio de 2012, (casaciones 6219/2009 y 5043/2009), al considerar, tratándose del sistema de autoliquidación, frente al criterio inicial de aplicar el interés de demora por todo el tiempo transcurrido desde el fin del periodo voluntario hasta que la Administración dicta la nueva liquidación, que la Administración ha de tener en cuenta como día final del cómputo la fecha de la liquidación administrativa inicialmente anulada.

Existen, no obstante, tres votos particulares a la resolución que comentamos, según los cuales es posible reconocer la potestad de reiteración de los actos anulados, siempre que no prescriba el derecho a liquidar pero sin reconocer eficacia interruptiva al acto anulado. O bien, una vez que se anula un acto tributario, éste ha de quedar definitivamente expulsado del ordenamiento sin que sea por tanto admisible su reiteración y todo ello con independencia de la naturaleza del vicio o defecto que dio lugar a su anulación. O bien, debería haberse inadmitido el recurso porque la posibilidad de rectificar la liquidación nunca estuvo en el debate.

b) La jurisprudencia sobre perdida sobrevenida de objeto por firmeza de sentencia firme que anula una disposición general es aplicable al deslinde marítimo terrestre

La **STS de 19 de octubre de 2012** (Rec. n.º 1257/2010) a pesar de reconocer que el deslinde marítimo terrestre no tiene naturaleza de disposición general, sino que se trata de acto administrativo, le aplica la jurisprudencia sobre la perdida sobrevenida de objeto por firmeza de sentencia firme que anula una disposición general, en atención a que el deslinde marítimo terrestre no cuenta con una simple y concreta eficacia individual y personalizada, sino que la eficacia de la Orden aprobatoria del deslinde resulta plural en una doble dimensión. De una parte, su eficacia se produce en relación con todos los identificados afectados directamente por el deslinde, titulares de propiedad u otros derechos; por otra parte, su eficacia ha de considerarse general e indeterminada por cuanto el objetivo del deslinde consiste en establecer los límites del dominio público marítimo terrestre. Al haber adquirido firmeza una sentencia anterior de la Audiencia Nacional que anulo la Orden Ministerial aprobatoria del deslinde por caducidad del procedimiento, se produce la pérdida sobrevenida de objeto de los recursos pendientes contra la misma Orden.

A tal efecto se recuerda que las sentencias firmes, al margen de las exigencias de la cosa juzgada, cuando anulan una disposición general tienen efectos generales (artículo 72.2 LJCA), de manera que carece de interés abundar o insistir en una nulidad ya declarada; y, desde luego, resultaría nocivo para la seguridad jurídica contradecir o alterar lo ya declarado por sentencia firme. En concreto, se ha señalado reiteradamente (SSTS de 19 de abril de 2012 —Recurso de casación 1370/2010— y de 31 de mayo de 2012 —Recurso de casación 5782/2012—, y las que en ellas se citan) que se produce la pérdida sobrevenida de objeto del recurso de casación cuando se impugna una disposición general, como lo son los instrumentos de planeamiento, que ya ha sido anulada por una sentencia anterior.

En este caso, la anulación firme en toda su integridad de la Orden aprobatoria del deslinde, por caducidad del procedimiento, afecta a todos los tramos que en la misma se contienen, incluyendo también a los tramos del deslinde cuestionados por el Ayuntamiento aquí recurrente. Es por ello por lo que se produce la pérdida sobrevenida del objeto del presente recurso de casación.

E) Medidas cautelares: el artículo 200 bis de la Ley de Contratos del Sector Público regula una singular medida cautelar

La **STS de 7 de noviembre de 2012** (Rec. n.º 1085/2011) resuelve un puro problema de derecho transitorio, consistente en si el artículo 200 bis de la Ley de Contratos del Sector Público puede ser o no aplicado, habida cuenta de la fecha de entrada en vigor de la Ley y la del contrato del que deriva la obligación de pago de las cantidades que en el proceso se reclaman. Se observa además que el artículo cuestionado, se intitula como «Procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas»; y que el contenido del mismo, en coherencia con su título, se refiere a la formulación del «recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración»; y dentro de él a la regulación de una singular medida cautelar. Es incuestionable que en el precepto no se regula un determinado contenido del contrato o unos efectos del mismo, sino el régimen de una actuación procesal. O en otros términos, y en estricto ajuste a la literalidad del precepto, un procedimiento jurisdiccional.

Si partimos del hecho de que la tutela cautelar forma parte, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (por todas STC 259/2007, de 19 de diciembre, F.D. 8 y las muchas en ella citadas) del derecho fundamental de tutela judicial efectiva (artículo 24.2 CE), carecería de justificación constitucional que una medida cautelar como la que nos ocupa solo pueda beneficiar a unos determinados titulares de ese derecho y no a otros. De interpretar la transitoria como la han interpretado los autos recurridos, resultaría que a procesos en reclamación de la inactividad de la Administración iniciados todos con posterioridad a la vigencia de la Ley; esto es, procesos todos con un mismo objeto, e igualmente posteriores a la vigencia de la Ley (la Ley 15/2010, conforme a lo dispuesto en su Disposición Final única entró en vigor el 6 de Julio de 2005, y la medida cautelar se solicitó, según consta en el sello de Registro de entrada del Decanato de los Juzgados el 23 de julio de 2010 y el 26 de julio de 2010 en la Secretaría de la Sección Quinta del Tribunal Superior de Justicia), como es el que aquí nos ocupa, la medida jurisdiccional establecida en la Ley sería aplicable a unos (aquellos en los que la inactividad contra la que se reclama traiga su causa

de contratos anteriores a la ley, en los que precisamente por ello la inactividad resulta de mayor gravedad por su mayor persistencia a ella).

Habría así una diferencia de situaciones iguales, y ello en el marco de un derecho fundamental, como es el de la tutela judicial efectiva, carente de justificación objetiva y razonable y proporcionada al fin (que es el canon de justificación del tratamiento diferenciado en la ley de continua proclamación en la jurisprudencia constitucional en relación con el artículo 14 CE, por todas STC 209/1988 de 10 de noviembre, Fundamento Jurídico 6 y STC 125/2003 Fundamentos Jurídicos 4 y 6)) y por tanto constitucionalmente inaceptable, que, de ser inequívoco en la Ley, obligaría al Alto Tribunal, ex artículo 163 CE, a plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Tal drástica solución es sin embargo innecesaria, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 LOPJ, pues en este caso, antes de atribuir a la Disposición Transitoria cuestionada el sentido que le han atribuido los antes recurridos, es imprescindible la interpretación de su sentido en línea de constitucionalidad, como exige el artículo 5.3 LOPJ. Visto el problema del alcance de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 15/2010 desde esta óptica, las dudas suscitadas respecto a si tal disposición excluye de la posible aplicación del nuevo procedimiento jurisdiccional cautelar regulado en el artículo 200 Bis de la LCSP, las reclamaciones posteriores a su entrada en vigor contra la inactividad de la Administración, fundadas en contratos anteriores al cambio legal, merecen una contestación negativa. Por el contrario, la afirmación de que la aplicación de la nueva medida cautelar no está concernida restrictivamente por la referida Disposición Transitoria, y que por tanto en la nueva medida cautelar es aplicable sin distinción de la fecha de los contratos de los que deriva la inactividad de la Administración que se pretende vencer con la medida, el Tribunal considera que es la que exige el derecho fundamental de tutela judicial efectiva (artículo 24.2 CE), en cuanto clave de interpretación del ordenamiento jurídico (artículo 10 CE).

F) Extensión de efectos de sentencia: Procede la extensión del fallo con independencia de la ulterior sentencia de otro TSJ recaída en una cuestión de ilegalidad que regulaba el objeto de debate

El artículo 110.1 LJCA establece, en materia tributaria y respecto de las cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública, la extensión de los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada cuando concurra, como primera circunstancia, que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo. Así, la Ley se preocupa de advertir que, en ningún caso, se podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta forma de entender la ejecución de la sentencia, ya que no se trata de una extensión automática de los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica. La identidad de situaciones debe revelarse como evidente, eludiendo la necesidad de realizar un análisis de la prueba que así lo confirme, por tratarse de la actividad propia de un procedimiento ordinario o abreviado, extremo que resulta improcedente en el recurso de casación.

Conforme reiterada doctrina jurisprudencial, el primer requisito exigido por el artículo 110.1 de la Ley de la Jurisdicción para que pueda acordarse la extensión de los efectos de una sentencia firme es que hubiere reconocido una situación jurídica individualizada en

favor de una o varias personas y que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo. Las situaciones jurídicas deben ser, pues, no iguales, semejantes, parecidas o equivalentes, sino idénticas.

La **STS de 5 de noviembre de 2012** (Rec. n.º 2956/2011) desestima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra autos del TSJ que acordaban la extensión de efectos de sentencia por la que se declaraba el derecho de un miembro de la Guardia Civil destinado en el Equipo de Policía Judicial a ser remunerado por los servicios de guardia combinada prestados en su unidad. La Sala considera que existe identidad de situaciones jurídicas y que no existe cosa juzgada, ni jurisprudencia o doctrina que impida la extensión del fallo, y ello con independencia de la ulterior sentencia de otro TSJ recaída en la cuestión de ilegalidad que se promovió frente a la Orden General que regulaba tales guardias combinadas.

Así, en orden a la alegación por la que se denuncia una falta de identidad entre las pretensiones de ambos procedimientos, motivada por el planteamiento de la cuestión de ilegalidad en el proceso decidido por sentencia y no así en el caso en que se solicita la extensión de efectos, se sostiene que no existe el presupuesto clave de esa tesis, que es el de la necesaria vinculación del Tribunal, al que se solicita la extensión de efectos de una sentencia precedente, a lo resuelto por otro Tribunal Superior de Justicia al resolver la cuestión de ilegalidad suscitada por el Tribunal sentenciador respecto a la norma que inaplicó. No existe ninguna razón legal para que entre dos Tribunales de la misma jerarquía en la estructura jurisdiccional las resoluciones de uno sobre la apreciación de la legalidad de una norma deban imponerse al otro, salvo el caso de que el que resuelve la cuestión de ilegalidad, estimándola, declare su nulidad, expulsándola del ordenamiento jurídico, que no es aquí el caso. Desde la óptica de la cuestión de ilegalidad no es indiferente, a los efectos que aquí nos ocupan, que la sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad se dicte por un Tribunal Superior de Justicia, cual es aquí el caso, o por el Tribunal Supremo.

En el caso de que la cuestión de ilegalidad la resolviera el Tribunal Supremo, si bien la desestimación de la impugnación directa de la norma que tal cuestión implica, no tendría, en principio, conforme a la interpretación conjunta de los artículos 26.2 y 72.2 LJCA, la eficacia *erga omnes* propia de las sentencias que anulan la disposición, ni podría afirmarse por tanto la diferencia de situaciones respecto de la norma aplicable, si se podría producir el óbice para la extensión de efectos establecido en el artículo 110.5.b) LJC; pero eso es totalmente diferente de la falta de identidad de situaciones; esto es, del requisito del artículo 110.1.a), que es como el Abogado del Estado lo plantea. Podrá quizás considerarse que, si a la Sentencia que resuelve la cuestión de ilegalidad no se le reconocen efectos *erga omnes*, el fin institucional de tal instituto procesal puede no alcanzarse en plenitud; pero tal consideración es propia de un planteamiento de *lege ferenda* y no de *lege data*, que es en el que nos debemos mover. Y no cabe, por otra parte, que, en aras de un hipotético planteamiento superador de las limitaciones técnicas del sistema legal, equiparemos a la eventual virtualidad vinculante de las sentencias del Tribunal Supremo («órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» —artículo 123.1 CE—) respecto de los órganos jurisdiccionales de jerarquía inferior a él, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a otros Tribunales del mismo nivel.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

***Ius Publicum Europaeum.* El Derecho Administrativo en el Espacio Jurídico Europeo**

VON BOGDANDY, A. y MIR PUIGPELAT, O. (coords.)
Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 394 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo]

Esta interesante obra versa sobre los fundamentos y la ciencia del Derecho Administrativo, a través de la presentación en castellano de seis de los trabajos pertenecientes a la colección *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, en particular de los volúmenes III, IV y V de esta obra alemana, dedicados a la configuración clásica de la Administración y el Derecho Administrativo, a la ciencia del Derecho Administrativo y a los rasgos fundamentales que presentan en la actualidad los Derechos Administrativos nacionales bajo el influjo de la europeización.

A tales efectos se estructura en dos partes, que llevan por título, precisamente «Los fundamentos de la Administración y del Derecho Administrativo» y «La ciencia del Derecho Administrativo». En la primera de ellas se incluyen cuatro capítulos, que recogen respectivamente el trabajo de Sabino Cassese sobre el surgimiento y el desarrollo del Estado Administrativo en Europa, los de Armin von Bogdandy y Peter M. Huber y Eduardo García de Enterría e Ignacio Borrajo Iniesta sobre Estado, Administración y Derecho Administrativo en Alemania y en España, respectivamente. Cerrando esta primera parte el estudio de Oriol Mir Puigpelat respecto al Derecho Administrativo español en el actual espacio jurídico europeo.

La segunda parte consta a su vez de dos capítulos, dedicados a las perspectivas de la Ciencia del Derecho Administrativo en el espacio jurídico europeo, a cargo de Armin von Bogdandy, así como el trabajo de Juan Santamaría Pastor respecto a la Ciencia del Derecho Administrativo en España desde una perspectiva histórica.

A través de los citados trabajos esta obra aborda los fundamentos del Derecho Administrativo partiendo de dos conceptos centrales del Derecho Público del espacio jurídico europeo como son los de «Estado» y «Administración». Y todo ello con la finalidad de mostrar, al hilo de determinados ordenamientos jurídicos nacionales, los acontecimientos históricos, las construcciones teóricas y el acervo dogmático vinculados en estos ordenamientos a tales conceptos, tan importantes pero complejos.

El enigma de la descentralización funcional. La utilidad de otros modelos en la reforma de la Administración española

BOTO ÁLVAREZ, A.
Erasmus, Barcelona, 2013, 182 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo]

En este libro se reflexiona sobre el fenómeno de la Administración instrumental, entendida como la conformada por los organismos públicos funcionalmente descentralizados que constituyen personificaciones separadas dentro de la Administración General y que se crean para gestionar una serie de fines sectoriales, en teoría de forma más eficiente y flexible. En relación con ellos, y con las sociedades, consorcios y fundaciones de

participación pública, son habituales las denuncias sobre excesos, corruptelas e ineficiencias. Estos entes son vistos en ocasiones como auténticos «chiringuitos», en una acepción del término comúnmente inteligible aunque aún no aceptada por la Real Academia de la Lengua.

Aunque con un título chocante en la literatura académica, que seguramente se explique por una exigencia editorial de buscar la originalidad con la esperanza de conseguir impacto de ventas en el público generalista, la autora ahonda sin sensacionalismos en las líneas de reforma y en los cambios organizativos a acometer para la racionalización del entramado organizativo español, a partir de las experiencias de otros países en Europa y Norteamérica, con una sólida base legislativa y doctrinal.

Subrayando el carácter comparado del estudio, la monografía cuenta con un prólogo del profesor italiano Glauco Nori (Departamento di Management, Università Politecnica delle Marche) y con un epílogo del canadiense Pierre Issalys (Faculté de Droit, Université Laval), ambos traducidos por Leopoldo Tolivar Alas.

A partir de una propuesta de redefinición conceptual de la Administración instrumental española elaborada por la propia autora en trabajos precedentes (*La Administración instrumental en el proceso*, Reus, Madrid, 2011), la obra se articula en torno a dos polos especulares. Se estudian primero los entes públicos no territoriales en Italia y después los organismos funcionalmente descentralizados en Canadá, ordenamientos también revisitados por la autora tras justificar profusamente las razones para la elección de los mismos en lo que constituye un desmarque inhabitual en favor de la investigación jurídica de sustrato comparado. En el capítulo consagrado a la Administración instrumental italiana, la autora aborda, además de cuestiones de organización general, el reto de trazar la línea de frontera entre las Administraciones estatales, los entes públicos no territoriales y sus sucedáneos (sociedades mercantiles, fundaciones y asociaciones), estudiando sus rasgos más importantes y apuntando tendencias y contradicciones, con constantes referencias a la realidad española. Especialmente útil es el elenco actualizado de entes que recoge en las páginas finales del primer capítulo,

tras las últimas reformas estructurales acometidas por el gobierno Monti.

En el segundo capítulo se aborda el ordenamiento norteamericano, primero estudiando la organización administrativa en el ámbito federal canadiense, cuyo interés radica en la interesante mezcla que produce su ascendencia británica colonial con el federalismo actual y la pujante influencia geográfica y cultural de los Estados Unidos; después se estudia el sistema de Administración instrumental en el estado de Quebec, con una política de Derecho público propia y diferenciada. En este capítulo merecen destacarse las reflexiones sobre las nociones y consecuencias de la atribución de personalidad jurídica propia a las entidades instrumentales, las reconstrucciones y críticas a la técnica, filosofía e ingeniería organizativas, y los continuos cotejos con la situación en España.

La monografía se cierra con un último epígrafe de conclusiones y propuestas de *lege ferenda* a partir de los aciertos y fallos experimentados en otras latitudes. Las soluciones que la autora propone son distintas para el sector público empresarial que para el administrativo y fundacional, como también es diferente la lógica a que cada uno de estos tipos de entes debería en principio responder. Las propuestas más novedosas son las que pasan por romper el axioma que en España liga relevancia subjetiva y personalidad jurídica diferenciada, y por apostar por figuras intermedias entre la descentralización y la desconcentración, ideas escasamente explotadas por la doctrina española al analizar la problemática de los entes instrumentales.

Con la Comisión creada por el Consejo de Ministros a finales de 2012 para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) en plenos trabajos para lograr una Administración pública austera y eficiente, este estudio resulta temporalmente de una pertinencia indiscutible. Además, como se señala repetidamente tanto en el prólogo como en el epílogo, la obra es susceptible de ofrecer también otros niveles de lectura de interés para los operadores jurídicos aunque no tengan inquietudes comparadas, para los estudiosos de la política, la economía y la sociedad, y en general para todo ciudadano responsable. En fin, una obra de referencia en la materia, de fácil lectura y comprensión.

La Directiva de Hábitats de la Unión Europea: Balance de 20 Años

GARCÍA URETA, A. (coord.)

Aranzadi, Navarra, 2012, 256 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo]

A través de ocho capítulos los autores, especialistas en la materia objeto de la misma, analizan diversas cuestiones relacionadas con la importante Directiva de Hábitats y la problemática que en la práctica se ha presentado al respecto.

Así, en primer lugar se encuadra la Directiva en el marco correspondiente, tanto por lo que se refiere a su papel en la protección de la biodiversidad en la Unión Europea, como en cuanto a su relación con la Directiva de Aves Silvestres.

Una vez ubicada la Directiva objeto de análisis en su contexto jurídico, se pasa al estudio de la protección que esta norma ofrece de las especies de la fauna y flora, del tratamiento que hace de la evaluación de impacto ambiental, o de los hábitats, infraestructuras y ordenación racional del territorio. De otro lado, se analiza la aplicación de la Directiva en el Estado español y de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

El capítulo séptimo se dedica al estudio de la relación entre la protección de hábitats y la introducción en el medio ambiente y utilización comercial (principalmente agraria) de organismos modificados genéticamente (OMG), la cual es enfocada por la normativa desde dos perspectivas, que resultan complementarias pero escasamente integradas.

La normativa sobre autorizaciones de actividades con OMG exige, para autorizar una liberación intencional al medio ambiente y para comercializar un OMG, una estricta valoración de los riesgos ambientales y sanitarios. La autorización de comercialización de un OMG, por ejemplo una semilla transgénica, supondrá la posibilidad de su cultivo en la Unión y la libre circulación comercial por su territorio. De otro lado interviene la Directiva de hábitats, que va a afectar al régimen de comercialización y uso de variedades transgénicas desde dos perspectivas: en primer

lugar, la Directiva establece como estándar de protección que los Estados se comprometen a evitar, en las zonas especiales de conservación, el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies.

Esta obra concluye con la evolución experimentada desde la protección de la naturaleza hasta la conservación de la biodiversidad. Sin duda, un compendio de estudios que ofrecen un panorama global e integrado de la Directiva de Hábitats, tras 20 años de vigencia.

Urbanismo y contratación pública (Prólogo de Martín Bassols Coma)

GÓMEZ MANRESA, M.^a F.

Aranzadi, Navarra, 2010

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo]

La monografía *Urbanismo y contratación pública* constituye una obra pionera que realiza un estudio riguroso del régimen jurídico contractual aplicable a la obra pública ordinaria y a las distintas fases vinculadas a la gestión del planeamiento urbanístico, ya sean preparatorias o propiamente ejecutoras. De este modo, son objeto de análisis tanto la legislación urbanística como las disposiciones comunes a las distintas categorías contractuales y las específicas de los contratos típicos de obras, de servicios y de colaboración entre el sector público y el privado. Asimismo, se abordan los convenios urbanísticos, y determinados supuestos presentes en el urbanismo ajenos al contrato, a los efectos de su deslinde de las distintas figuras contractuales.

En definitiva, esta obra examina en profundidad la Ley de Contratos del Sector Público, su normativa de desarrollo y la legislación de urbanismo, con determinación expresa de la calificación jurídica que ha de darse a la actividad urbanística que se realiza. Finalmente, se ha de resaltar el hecho de que se haya dedicado un capítulo específico a la utilización de los medios electrónicos, telemáticos e informáticos en los sectores contractual y urbanístico.

La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M.

Iustel, Madrid, 2013, 192 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

*Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo]*

La protección de la propiedad intelectual es un tema no solamente interesante sino también de gran actualidad, dado que nos encontramos en estos momentos en plena reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, si bien ya con la Ley de Economía Sostenible (LES) se inició un importante cambio de orientación al respecto.

Así, como explica el autor, en nuestro sistema la tutela jurídica de la propiedad intelectual ha estado encomendada desde siempre y, de forma prácticamente exclusiva, a los jueces y tribunales. Sin embargo, con la aprobación de la LES en el año 2011 el panorama ha variado considerablemente. De este modo, junto a la tradicional tutela civil y penal, aparece ahora una potestad administrativa directamente encaminada a tutelar la propiedad intelectual en el contexto de los llamados servicios de la sociedad de la información.

A este nuevo procedimiento administrativo, previsto en el artículo 158.4 del TRLPI y desarrollado por el Real Decreto 1889/2011, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, se dedica el estudio que se presenta en esta obra. Ofreciendo su autor un análisis sistemático y minucioso de las diferentes cuestiones jurídicas suscitadas por este nuevo procedimiento.

Son objeto de este libro no sólo los diversos elementos de la potestad administrativa atribuida ahora a la nueva Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, como son el fin, objeto, contenido, procedimiento, etc; sino también se ofrecen respuestas a los múltiples interrogantes que se plantean respecto a su propia configuración legal y reglamentaria. Y se hace desde diversos prismas que comprenden, por ejemplo, la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, con la compatibili-

dad con la denominada reserva constitucional de jurisdicción, su articulación con otros derechos y libertades fundamentales como la intimidad, la protección de datos personales, las libertades de expresión y de comunicación, el alcance y significado de los controles judiciales previos sobre esta actividad administrativa, y un largo etc.

Una mención especial merece el estudio de los problemas de relación que se concitan en esta nueva potestad administrativa de tutela entre la legislación civil de propiedad intelectual y la relativa a los servicios de la sociedad de información. Así, se profundiza en conceptos como «intermediario», «responsable», «prestador», entre otros, lo que es relevante, dado que de ello dependerá la propia eficacia del nuevo procedimiento.

En conclusión, se ofrece en esta monografía un interesante y pionero estudio del procedimiento administrativo de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual en Internet.

Anuario de Derecho de Fundaciones 2012

MUÑOZ MACHADO, S. y PIÑAR MAÑAS, J.L. (dirs.)

Iustel, Madrid, 2013, 608 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

*Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo]*

El llamado Derecho fundacional sigue presentando aristas y problemas que hace que no pierda interés su análisis. Cada año por medio del *Anuario de Derecho de Fundaciones*, dirigido por dos expertos en la materia como son los profesores Muñoz Machado y Piñar Mañas, se ofrece desde la Asociación Española de Fundaciones, un importante vehículo de conocimiento sobre el sector fundacional, difundiendo la doctrina y análisis crítico más relevante de esta materia.

En esta ocasión, la cuarta, se analizan cuestiones de gran relevancia para comprender las Fundaciones, particularmente, por lo que a la materia jurídica, fiscal y contable se refiere, y ofreciendo de este modo un análisis global de esta institución y realizada por expertos.

Para ilustrar esta afirmación es suficiente con la referencia a los títulos de los numerosos estudios

que se incardinan en esta obra, así, por ejemplo, los referentes a la reestructuración del sector público fundacional, a la capacidad de las fundaciones para incorporar fundadores de forma sobrevenida, el nuevo plan contable para entidades sin fines de lucro, las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, los incentivos fiscales al mecenazgo en Estados Unidos, la crónica de las Comunidades Autónomas, de la Unión Europea, de Iberoamérica y la reseña de jurisprudencia.

Conclusiones del XI Curso sobre Régimen Jurídico de Universidades

IRIGOYEN, J. y DOMINGO F. (coords.)

Aranzadi-AEDUN-Universidad de Navarra,
Navarra, 418 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo]

Resultado de una edición más del Curso sobre Régimen Jurídico que se organiza por la Asociación para el Estudio del Derecho Universitario (AEDUN), ve la luz este libro, que recoge las

ponencias del XI Curso, celebrado en la Universidad de Navarra en el año 2011.

Los trabajos se estructuran en tres bloques dedicados respectivamente a: ética, derecho e investigación; Universidad, fiscalidad y gestión de la investigación; y reforma laboral y Universidad. Afrontando en todos ellos las cuestiones más actuales y conflictivas a las que se enfrentan las Universidades y, en particular, los servicios jurídicos de las mismas.

De mano de expertos en cada materia se exponen temas tan interesantes para el mundo universitario como el marco constitucional para la investigación científica, la experimentación médica y genética: problemas ético-jurídicos, el Centro de Investigación Médica Aplicada, la tributación: relaciones entre Administración Local y Universitaria, la Administración universitaria y el IVA, el trámite de alegaciones en los procesos de fiscalización, las reformas laborales de 2010-2012, las perspectivas de cambio en los regímenes del personal investigador y del personal de apoyo: modelo productivo, reforma laboral y el trabajo de investigación de las Universidades, y la influencia de la reforma laboral en el personal académico.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista *Justicia Administrativa* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Público. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

- 1. Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para revisiones deberán remitirse a la sede de la Revista *Justicia Administrativa* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *henar.delolmo@thomsonreuters.com*. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
- 2. Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
- 3. Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
- 4. Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
- 5. Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres contando los espacios. Preferiblemente el interlineado será a doble espacio y las

páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:
 - a. LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.
 - b. ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
 - c. RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.