

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
GABINETE TÉCNICO

**DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE
DIVERSAS MATERIAS. SECCION
TERCERA.**

2009-2012

Coordinador: Juan Pedro Quintana Carretero. Magistrado Decano del Gabinete Técnico de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

Autores: D. Carlos Romero Rey y D. José Luis Quesada Varea. Magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

D^a Carmen Lence Reija. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

ÍNDICE

I. Administraciones Públicas	18
I.1. Convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas. STS de 8 de marzo de 2011 (RCA 4143/2008).....	18
I.1.1.- Naturaleza	18
I.1.2.-..... Resolución	18
I.2. Comunidades Autónomas	19
I.2.1. Traslación de la competencia para conocer de los recursos de revisión de actos nulos cuando la competencia en la materia ha sido transferida a las Comunidades Autónomas. STS de 5 de julio de 2012 (RCA 216/2011)	19
I.2.2. Competencia autonómica en materia de seguridad pública. STS de 18 de mayo de 2011 (RC 2603/2007).	20
I.3. Administración local	20
I.3.1. Consulta popular: competencia municipal y autorización del Consejo de Ministros. STS de 15 de noviembre de 2012 (RCA 546/2010).....	20
I.4. Administración corporativa.....	21
I.4.1. Cámaras de Comercio y Cámaras de la Propiedad Urbana.....	21
I.4.1.1. Elecciones a los órganos de gobierno de las Cámaras de Comercio. Emisión del voto por correo. STS de 19 de julio de 2010 (RC 2484/2009).....	21
I.4.1.2. Cámaras de la Propiedad Urbana: liquidación. STS de 6 de marzo de 2012 (RC 1091/2009).	24
I.4.2. Colegios profesionales	24
I.4.2.1. Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio .	24
I.4.2.1.1. Características de la nueva normativa sobre visado colegial. STS de 31 de enero de 2012 (RCA 431/2010).....	25
I.4.2.1.2. Contenido y función del visado colegial. STS de 31 de enero de 2012 (RCA 431/2010)	25
I.4.2.1.3. Alcance de la habilitación del Gobierno para establecer el visado colegial obligatorio. STS de 31 de enero de 2012 (RCA 431/2010).....	26
I.4.2.1.4. Competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en esta materia. STS de 31 de enero de 2012 (RCA 431/2010)	26

I.4.2.1.5. Autonomía colegial en materia de visado. STS de 31 de enero de 2012 (RCA 431/2010)	27
I.4.2.2. Títulos profesionales	27
I.4.2.2.1. Atribuciones profesionales. STS de 21 de diciembre de 2010 (RC 1360/2008).....	27
I.4.2.2.2. Concepto de profesión titulada. STS de 22 de diciembre de 2011 (RC 684/2009).....	28
I.4.2.2.3. Concurrencia de títulos habilitantes para la misma actividad. STS de 14 de octubre de 2011 (RCA 645/2009)	28
I.4.2.2.4. Nulidad de pleno derecho de la convalidación de títulos extranjeros. STS de 7 de octubre de 2010 (RC 481/2008).....	28
I.4.2.2.5. Reconocimiento de títulos expedidos en otros países de la Unión Europea. STS de 1 de junio de 2010 (RC 4177/2007).....	29
I.4.2.2.6. Pronunciamientos sobre títulos en concreto.....	29
I.4.2.2.7. Pruebas para la obtención de título profesional ante el Tribunal Calificador. Principio de confidencialidad de los exámenes. STS de 21 de junio de 2011 (RC 88/2009).....	30
II. Agricultura, pesca y aprovechamientos cinegéticos	32
II.1. Agricultura	32
III.1.1. Régimen de pago único	32
II.1.2. Real Decreto 1680/2009, de 13 de noviembre, sobre aplicación del régimen de pago único en la agricultura y la integración de determinadas ayudas agrícolas a partir de 2010	32
II.1.3. Sanciones	33
II.1.3.1. Infracciones en materia de encefalopatías espongiformes transmisibles.....	33
II.1.3.2. Infracción por manipulación o utilización fraudulenta de crotales. STS de 9 de diciembre de 2010 (RUD 35/2009)	34
II.2. Aprovechamientos cinegéticos: segregación de coto de caza.....	34
II.3. Pesca	35
II.3.1. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas	35
II.3.2. Puerto base de los buques pesqueros: interpretación de su concepto conforme a la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado: STS de 14 de marzo de 2011 (RC 4223/2008)	35
II.3.3. Infracciones.....	35

III. Asociaciones	37
III.1. Audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales. STS de 3 de junio de 2011 (RCA 433/2010).....	37
III.2. Asociaciones de utilidad pública	37
III.2.1. Consecuencias de la declaración. STS de 7 de octubre de 2011 (RC 2903/2008).....	37
III.2.2. Carácter reglado de la declaración. STS de 7 de octubre de 2011 (RC 2903/2008).....	38
III.2.3. Requisitos para obtener la declaración:	38
III.2.4. Procedimiento para la revocación de la declaración de utilidad pública: la ausencia del informe de la Comunidad Autónoma no es determinante de la nulidad de la decisión revocatoria de la declaración de utilidad pública. STS de 18 de mayo de 2011 (RC 3107/2007)	40
III.2.5. Obligaciones de la asociación: obligación de presentar las cuentas del ejercicio económico. STS de 10 de mayo de 2011 (RC 1216/2007).....	40
IV. Comercio	41
IV.1. Actividad de cambio de moneda extranjera en establecimiento abierto al público	41
IV.1.1. Revocación de autorización.....	41
IV.2. Calendario de apertura comercial en domingos y festivos.....	42
IV.3. Casinos	45
IV.3.1. Modificación del emplazamiento de casino	45
IV.3.2. Propinas	45
IV.4. Libre circulación de mercancías y condiciones de seguridad industrial	47
IV.5. Licencias comerciales específicas	49
IV.5.1. Legitimación en el procedimiento administrativo y legitimación procesal ...	49
IV.5.2. Procedimiento de concesión de licencia comercial específica. Aplicación en el tiempo de la normativa autonómica.....	50
IV.6. Rebajas	51
IV.6.1. Competencias autonómicas en la materia	51
IV.6.2. Procedencia del establecimiento de diferentes períodos de rebajas para diferentes tipos de establecimientos comerciales	53
IV.7. Representantes aduaneros.....	54

IV.7.1. Improcedencia del requisito de ser persona física para ejercer la actividad de representante aduanero	54
IV.7.2. Inexistencia de actividad de naturaleza tributaria en sentido estricto	55
IV.7.3. Carácter de profesión regulada.....	55
IV.7.4. Liberalización del sector	56
V. Defensa de la competencia	57
V.1. Ámbito subjetivo de aplicación	57
V.2. Conductas prohibidas.....	60
V.2. 1. Restricciones verticales	60
V.2.2. Abuso de posición dominante.....	62
V.2.3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.....	67
V.2.4. Conductas exentas	69
V.3. Órganos competentes para la aplicación del Derecho de la Competencia	71
V.4. Procedimiento sancionador.....	73
V.4.1. Instrucción	73
V.4.2. Archivo	74
V.4.3. Resolución	75
V.4.4. Caducidad	82
V.5. Régimen sancionador.....	83
V.5.1. Criterios para la determinación del importe de las sanciones.....	83
V.5.2. Prescripción de las infracciones.....	84
V.5.3. Prescripción de las sanciones.....	85
VI. Derecho a la huelga	90
VI.1. Competencia para el establecimiento de servicios mínimos	90
VI.2. Sobre la motivación de la resolución que establece los servicios mínimos	91
VII. Derecho administrativo sancionador.....	92
VII.1. Aplicación de la norma retroactiva más favorable aunque no haya sido alegada por la parte	92
VII.2. Caducidad.....	93
VII.3. Carga de la prueba.....	95
VII.4. Criterios de graduación de las sanciones. Improcedencia de la cita instrumental en casación de los principios generales contenidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre	95
VII.5. Publicación de las sanciones en el BOE. Inexistencia de retroactividad prohibida.....	96

VII.6. Reincidencia y firmeza del acto administrativo sancionador.....	97
VIII. Economía y Hacienda	100
VIII.1. Auditoría de cuentas: sistema de infracciones y sanciones	100
VIII.2. Blanqueo de capitales	102
VIII.2.1. Marco normativo (normativa de la Unión Europea e interna).....	102
VIII.2.2. Deber de establecimiento de procedimientos y órganos internos de control. Entidades financieras	104
VIII.2.3. Tipicidad	105
VIII.2.4. La ocultación	105
VIII.2.5. Proporcionalidad.....	106
VIII.2.6. Falta de declaración de exportación de moneda. Tal infracción no se encuentra condicionada a la entrada en vigor de norma reglamentaria que determine la forma y excepciones de la obligación de declarar el origen, destino y tenencia de los fondos.....	106
VIII.3. Consejo para la defensa del contribuyente: quejas y sugerencias	108
VIII.4. Entidades de crédito: ordenación y disciplina	108
VIII.5. Expendedurías de tabaco	111
VIII.5.1. Libre circulación de mercancías: una normativa que prohíbe a los titulares de expendedurías de tabaco y timbre desarrollar la actividad de importación de labores de tabaco a otros Estados miembros se opone a la libre circulación de mercancías. STS de 8 de noviembre de 2012 (RCA 59/2007).....	111
VIII.5.2. La neutralidad de la red de distribución de productos del tabaco permite justificar la prohibición de que la labor de promoción de productos de tabaco sea retribuida. STS de 8 de noviembre de 2012 (RCA 59/2007)	115
VIII.5.3. Clases: expendedurías de carácter permanente.....	116
VIII.5.4. Adjudicación.....	116
VIII.5.4.1. Motivación de las resoluciones de adjudicación. STS de 7 de octubre de 2011 (RC 567/2009)	117
VIII.5.4.2. Condiciones para la adjudicación de las expendedurías de tabaco:	117
VIII.5.4.2.1. Alejamiento de centros docentes: incluye los de educación infantil aunque no se mencione expresamente en la convocatoria. STS de 18 de julio de 2012 (RC 7/2011)	117
VIII.5.4.2.2. Compatibilidad del adjudicatario. La incompatibilidades debe acreditarse que en el momento de la resolución del concurso la persona que resulta	

adjudicataria no esté incurso en ninguna de las causas legales de incompatibilidad que le inhabilitan para ser titular de la expendedoría general de tabaco y timbre. STS de 5 de julio de 2012 (RC 2156/2009)	118
VIII.5.4.2.3. Disponibilidad del local;.....	118
VIII.5.4.2.4. Características del local: presentación de dos locales para una misma expendedoría. STS de 10 de marzo de 2009 (RC 1218/2006)	120
VIII.5.4.2.5. Distancia entre expendedorías: forma de medirla. STS de 5 de mayo de 2009 (RC 2120/2006)	120
VIII.5.5. Procedimiento de adjudicación. Naturaleza subsanable de los defectos de los concursantes en relación con la constitución de la fianza	120
VIII.5.5.1. Error cometido respecto de la cuenta en la que se efectuó el depósito. STS de 1 de abril de 2009 (RC 4950/2006)	121
VIII.5.5.2. Aval temporal. STS de 9 de febrero de 2011 (RC 2806/2008)	121
VIII.6. Financiación de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social	122
VIII.7. Medios de pago por parte de las Administraciones Públicas	122
IX. Energía.....	125
IX.1. Comisión Nacional de la Energía. Caducidad de las facultades inspectoras ..	125
IX.2. Energía eléctrica	127
IX.2.1. Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica: inexistencia de infracción del principio de no arbitrariedad en la actuación de las Administraciones Públicas	127
IX.2.2. Corte de suministro eléctrico.....	128
IX.2.3. Intercambios comunitarios de energía eléctrica	128
IX.2.4. Producción de energía eléctrica en régimen especial. 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	130
IX.2.4.1. Supresión de las tarifas reguladas correspondientes a instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial a partir de un determinado momento. Inexistencia de retroactividad.....	130
IX.2.4.2. Inexistencia de afectación a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima	131

IX.2.4.3. Inexistencia de vulneración del principio de igualdad ante la Ley y no discriminación	133
IX.2.5. Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica	134
IX.2.6. Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial.....	138
IX.2.6.1.Sobre la alegación de prever un procedimiento irregular de revisión de oficio	138
IX.2.6.2. Sobre la alegación relativa al orden competencial entre Estado y Comunidades Autónomas.....	139
IX.2.7. Real Decreto 198/2010, de 26 de febrero, por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico a lo dispuesto en la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio	141
IX.2.7.1.No implica restricción de la libre prestación de servicios de suministro eléctrico	142
IX.2.7.2. No afectación a la libertad de establecimiento	144
IX.2.8. Regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Competencia del Estado en la materia.....	145
IX.2.9. Reparto de costes en proyecto de ejecución de instalación eléctrica de alta tensión.....	148
IX.2.10. Tarifa eléctrica.....	148
IX.2.10.1. Retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica.....	148
IX.2.10.2. Bono social	151
IX.2.11. Trazado de línea eléctrica aérea	155
IX.3. Energía nuclear.....	157
IX.3.1. Almacenamiento de residuos radiactivos	157
IX.3.2. Seguridad nuclear	158
IX.4. Sector gasista.....	159
IX.4.1. Aparatos de gas	159
IX.4.2. Bases de datos de puntos de suministro: acceso de las empresas comercializadoras de gas	160

IX.4.3. Corte de suministro de gas	161
IX.4.4. Orden ITC/1724/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas a partir de 1 de julio de 2009	162
IX.4.5. Precios máximos de venta, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo envasados.....	165
IX.4.6. Real Decreto 1716/2004, de 23 de julio, por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de abastecimiento de gas natural y la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (CORES)	169
IX.4.7. Transmisión de la titularidad de las instalaciones de distribución ubicadas en la Comunidad de Madrid sin autorización administrativa. Imprudencia de la sanción impuesta.....	171
X.1. Cuestiones generales.....	173
X.1.1. Clases: carretera estatal: concepto	173
X.1.2. Intereses en juego y discrecionalidad administrativa en la construcción de infraestructuras	174
X.1.2.1. Prevalencia del interés público sobre el de los particulares concesionarios para la construcción de nuevas infraestructuras viarias. STS de 12 de febrero de 2009 (RC 857/2006).	174
X.1.2.2. Potestad administrativa de planificación de carreteras e infraestructuras de ferrocarril. STS de 28 de septiembre de 2012 (RC 4138/2003)	175
X.1.2.3. Discrecionalidad administrativa en la elección de las posibles soluciones de las infraestructuras viarias. Concepto de «opción más recomendable» para elegir el trazado ferroviario. STS de 3 de octubre de 2011 (RC 146/2009). Reiterada en STS de 26 de enero de 2012 (RC 1182/2009).....	175
X.2. Procedimiento de aprobación	176
X.2.1. Estudio informativo	176
X.2.1.1. Contenido. STS de 20 de diciembre de 2012 (RC 4139/2009)	176
X.2.1.2. Naturaleza y función de la audiencia a las entidades locales. STS de 28 de septiembre de 2012 (RC 4138/2003).....	176
X.2.1.3. Las solicitudes de los Ayuntamientos no exigen la tramitación de un procedimiento autónomo. STS de 20 de abril de 2011 (RC 5192/2008). Reitera STS de 5 de noviembre de 2008 (RC 1496/2006).....	177

X.2.1.4. Autonomía del Ministerio de Fomento para decidir sobre el trazado pese a las alegaciones de los Ayuntamientos. STS de 20 de abril de 2011 (RC 5192/2008).	178
X.2.1.5. Remisión del expediente al Consejo de Ministros tras las alegaciones de las entidades locales.	178
X.2.1.6. Repetición parcial de los trámites de información pública y evaluación de impacto en los estudios informativos cuando el trazado sufre modificaciones sustanciales. STS de 1 de julio de 2009 (RC 381/2007).	179
X.2.2. Proyecto	180
X.2.2.1. Información Pública: no es necesaria al estar previsto dicho trámite para el estudio Informativo. STS de 15 de noviembre de 2012 (RC 3922/2009)	180
X.2.2.2. Obligación de consulta previa a la Comisión Europea en caso de afectar a zonas de especial valor medioambiental: su omisión determina la nulidad del procedimiento. STS de 14 de febrero de 2011 (RC 1511/2008).	180
X.2.2.3. Función de la consulta previa a la Comisión Europea. STS de 14 de febrero de 2011 (RC 1511/2008).	181
X.3. Autorizaciones en materia de carreteras: para obras y otros usos: competencia para otorgarlas en tramos urbanos. STS de 6 de junio de 2011 (RC 5668/2008). ...	181
X.4. Accesos. STS de 6 de junio de 2011 (RC 5668/2008).	181
X.5. Medidas de protección de las carreteras	182
X.5.1. Paralización de las obras y la suspensión de usos no autorizados o que no se ajusten a las condiciones establecidas en las autorizaciones por los Delegados del Gobierno: diferencia con las medidas cautelares del procedimiento sancionador. STS de 9 de marzo de 2012 (RC 6712/2009).....	182
X.5.2. No procede la medida cautelar fundada en la falta de autorización de la Administración de Carreteras cuando el suelo es urbano y el interesado cuenta con la autorización del Ayuntamiento. STS de 9 de marzo de 2012 (RC 6712/2009)	182
X.6. Patrimonio histórico y medidas de fomento: uno por ciento cultural.....	182
X.6.1. Naturaleza. STS de 14 de junio de 2012 (RC 4062/2009).	182
X.6.2. Eficacia de los acuerdos de la Comisión Mixta interministerial. Actuación aprobada por la Comisión Mixta que después es revocada por la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales: improcedencia. STS de 22 de junio de 2011 (RC 6509/2008).....	183

X.6.3. Derechos de los Ayuntamientos solicitante y obligación de la Comisión Mixta de resolver las solicitudes. STS de 6 de mayo de 2009 (RC 5163/2006), con doctrina reproducida en las SSTS de 20 de enero de 2010 (RC 4868/2007 y 2568/2008) y de 26 de enero de 2010 (RC 4845/2007 y 4836/2007), entre muchas más.....	183
XI. Procedimiento administrativo	185
XII.3.2. Procedimientos en materia de minas.....	198
XII.3.2.1. Informe preceptivo del Instituto Tecnológico Geominero de España -hoy día Instituto Geológico y Minero de España: es competencia del Estado y no de las Comunidades Autónomas. STS de 4 de octubre de 2012 (RC 279/2010)	198
XII.3.2.2. Necesidad de acudir al procedimiento de resolución de discrepancias cuando la explotación minera afecte a un monte catalogado. STS de 11 de noviembre de 2010 (RC 5619/2007)	198
XII.3.2.3. Interesados en el procedimiento.....	199
XII.3.2.4. Aspectos medioambientales del procedimiento.....	200
XII.3.2.5. Caducidad del procedimiento destinado a declarar la caducidad de la concesión. STS de 27 de octubre de 2009 (RC 1726/2007).....	201
XII.3.2.6. Resoluciones administrativas en materia de Minas	202
XII.3.2.7. Naturaleza de los derechos que confiere: diferencia entre el derecho de aprovechamiento y los derechos derivados de la autorización de explotación. STS de 23 de marzo de 2012 (RC 7001/2010).....	202
XII.3.2.8. La duración es un elemento esencial de la autorización. STS de 23 de marzo de 2012 (RC 7001/2010)	202
XII.3.2.9. No es motivo para la denegación la preexistencia de otras concesiones mineras a favor de la misma solicitante (concesiones en cartera). STS de 24 de septiembre de 2010 (RC 1/2008).....	203
XII.3.2.10. Prórroga del permiso de investigación: plazo para solicitarla: interpretación flexible valorando el comportamiento de la Administración. STS de 14 de enero de 2011 (RC 4298/2008).....	204
XII.3.2.11. Reclasificación de los aprovechamientos: momento en que han de concurrir los requisitos para ello. STS de 9 de junio de 2010 (RC 4197/2007).....	204
XII.3.3. Compatibilidad y prioridad entre aprovechamientos	204
XII.3.3.1. La compatibilidad entre aprovechamientos mineros depende de criterios casuísticos. STS de 19 de noviembre del 2012 (RC 4584/2009)	205

XII.3.3.2. Sólo es admisible una sola concesión de explotación de recursos de la sección C) sobre el mismo terreno. STS de 9 de junio de 2010 (RC 4275/2007)....	205
XII.3.3.3. Concesiones de distintas Secciones:	206
XII.3.3.4. Prioridad entre aprovechamientos: no se determina en función del momento de la solicitud. STS de 19 de noviembre de 2012 (RC 4584/2009)	207
XII.3.4. Caducidad de los derechos mineros	207
XII.3.4.1. La declaración de caducidad no es una sanción. STS de 23 de marzo del 2012 (RC 7001/2010)	207
XII.3.4.2. Necesidad de valorar la conducta del concesionario de acuerdo con el principio de proporcionalidad. STS de 5 de mayo de 2009 (RC 5141/2006)	207
XII.3.4.3. Plazo de caducidad: incidencia de la demora de la Administración. STS de 13 de febrero de 2012 (RC 1571/2009)	208
XII.3.4.4. Plazo de caducidad: no se suspende por el retraso de la Administración en resolver la solicitud de concentración de trabajos. STS de 12 de abril del 2010 (RC 3564/2007).....	209
XII.3.4.5. Caducidad por paralización de los trabajos:	209
XIII.1. Autoridades portuarias. Naturaleza. STS de 8 de marzo de 2011 (RC 4149/2008).....	211
XIII.2. Concesiones sobre el dominio público portuario.....	212
XIII.2.1. Convocatoria de concurso público para otorgar la concesión para la ocupación del dominio público portuario; ampliación del plazo. Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general. STS de 18 de octubre de 2012 (RC 2577/2009)	212
XIII.2.2. Procedimiento concesional: rechazo a limine de la solicitud sin necesidad de tramitar la totalidad del procedimiento. STS de 8 de noviembre de 2012 (RC 4527/2009).....	212
XIII.2.3. Garantía prestada por el concesionario	213
XIII.3. Licencias	213
XIII.3.1. Licencia para prestación del servicio portuario: adquisición por silencio positivo: artículo 67.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general: excluye el silencio positivo, aunque transcurra el plazo para que surta efecto, cuando la solicitud se oponga a lo establecido en el pliego regulador. STS de 10 de julio de 2012 (RC 1292/2009).....	213

XIII.3.2. Licencias para prestar los servicios portuarios básicos relativos a la manipulación y transporte de mercancías: no hay obstáculo legal para que las licencias singulares para prestar los servicios de manipulación y transporte de mercancías se limiten a uno solo de los espacios cuando existan varios. STS de 10 de diciembre de 2012 (RC 3410/2009).	214
XIII.4. Puertos deportivos	215
XIII.4.1. Competencia de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales en materia de puertos deportivos.....	215
XIV. Seguros	218
XIV.1. Planes de pensiones	218
XIV.2. Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional	219
XV. Subvenciones	223
XV.1. Cuestiones generales.....	223
XV.1.1. Naturaleza de las subvenciones: carácter modal. STS de 2 de noviembre de 2011 (RCA 350/2010). En sentido semejante: SSTS de 16 de marzo de 2012 (RC 1699/2010), 22 d marzo de 2012 (RC 966/2009), 14 de junio de 2012 (RC 4062/2009) y 5 de noviembre de 2012 (RC 6930/2009).	223
XV.1.2. Carácter potestativo o discrecional. STS de 11 de noviembre de 2011 (RC 799/2009).	225
XV.1.3. Supresión de ayudas por causa de la crisis económica. STS de 6 de febrero de 2012 (RCA 175/2011). Reiterado en el RCA 179/2011 de la misma fecha.....	226
XV.1.4. Normativa aplicable: la vigente al tiempo de la solicitud. STS de 26 de Noviembre del 2012, RC 2612/2009.....	226
XV.1.5. Improcedencia de alterar con carácter retroactivo las condiciones pactadas en base a las normas vigentes al tiempo de la solicitud. STS de de 25 de abril de 2012 (RCUD 5050/2011). Reproduce la STS, Sección 4ª, de 18 de mayo de 2009 (RC 3826/2007).....	226
XV.1.6. Especialidad del régimen de Canarias. STS de 11 de Febrero del 2011, RC 3297/2008	227
XV.1.7. Incentivos Económicos Regionales: fundamento. STS de 20 de abril del 2010 (RC 3000/2007)	227
XV.2. Procedimiento subvencional en general	228

XV.2.1. Motivación de los actos de denegación o concesión. STS de 29 de marzo del 2012 (RC 2940/2010)	228
XV.2.2. Condicionamiento por las disponibilidades presupuestarias. STS de 21 de Junio del 2012 (RC 325/2011).....	231
XV.2.3. Discrecionalidad administrativa en su concesión. STS de 11 de Noviembre del 2011 (RC 799/2009)	231
XV.2.4. Vinculación de la Administración a los actos de concesión anteriores. STS de 5 de marzo de 2010 (RC 335/2008).....	232
XV.2.5. Trato discriminatorio: requiere la comparación con otras solicitudes de la subvención. STS de 21 de noviembre de 2011 (RC 675/2009).....	233
XV.2.6. Motivos concretos de denegación: No es motivo de denegación la residencia de los socios de la beneficiaria en un paraíso fiscal. STS de 19 de enero de 2010 (RC 1136/2007).....	233
XV.2.7. Modificación de las condiciones de la subvención.....	234
XV.2.8. Consecuencias de la estimación del recurso contencioso-administrativo contra la denegación de la subvención. STS de 20 de abril del 2010 (RC 3000/2007)	236
XV.3. Procedimiento de incumplimiento o de control.....	236
XV.3.1. Distinción con el procedimiento de reintegro. STS de 13 de junio del 2011 (RC 5940/2008)	236
XV.3.2. La declaración de incumplimiento y la exigencia de reintegro de la subvención no exigen la revisión de oficio del acto de concesión. STS de 24 de mayo de 2012 (RC 1690/2011)	238
XV.3.3. Audiencia de los interesados en esta clase de procedimientos. STS de 24 de mayo de 2012 (RC 1690/2011)	239
XV.3.4. Información previa. STS de 17 de febrero del 2010 (RC 309/2008).....	239
XV.3.5. Caducidad. STS de 30 de noviembre de 2011 (RC 3632/2009).....	240
XV.4. Procedimiento de reintegro.....	240
XV.4.1. Normativa aplicable. STS de 12 de abril del 2012 (RC 2028/2010).....	240
XV.4.2. Naturaleza: no tiene naturaleza sancionadora STS de 7 de julio de 2010 (RC 5577/2007).....	240
XV.4.3. Suspensión por prejudicialidad penal. STS de 10 marzo 2009, RC 4361/2006.	241

XV.4.4. Resolución acordando el reintegro: no lo es la comunicación manifestado el estado y la necesidad de reintegrar los fondos comunitarios percibidos. STS de 21 de marzo del 2012 (RC 5285/2010)	242
XV.4.5. Aplazamiento del reintegro: silencio administrativo. STS de 16 de marzo de 2012 (RC 1699/2010)	242
XV.5. Prescripción de las acciones de la Administración	243
XV.5.1. Distinción entre la prescripción de la acción de control y la acción de reintegro. STS de 13 de Diciembre del 2012 (RC 3631/2009)	243
XV.5.2. Interrupción de la prescripción por cualquier actividad dirigida a recabar información. STS de 31 de mayo del 2012 (RC 3451/2011)	243
XV.5.3. Prescripción de la acción de control. Inicio del plazo de prescripción: coincide con el momento en que cesan las obligaciones de la beneficiaria, que no ha de coincidir con el fin del plazo de vigencia fijado en la orden de concesión. STS de 30 de noviembre de 2011 (RC 3632/2009)	243
XV.6. Obligaciones del beneficiario	244
XV.6.1. Momento en que nacen las obligaciones. STS de 20 de octubre de 2010 (RCA 292/2009)	245
XV.6.2. Obligación de aceptación.....	246
XV.6.3. Cumplimiento de las condiciones de la subvención y prórroga del plazo..	247
XV.6.4. Obligación de autofinanciación. No se cumple mediante el préstamo participativo. STS de 20 de abril del 2012 (RC 1280/2010)	248
XV.6.4. Obligaciones relativas a la inversión	248
XV.6.5. Obligación de creación de empleo.....	251
XV.6.7. Obligación de colaborar con la labor administrativa de comprobación: deber de informar de los cambios de domicilio. STS de 30 de marzo de 2012 (3731/2009)	256
XV.6.8. Obligación de justificación del beneficiario	257
XV.6.9. Incumplimiento de las condiciones por el beneficiario. Causas de fuerza mayor. STS de 22 de marzo del 2012 (RC 966/2009).....	258
XV.6.10. Principio de proporcionalidad en la graduación del incumplimiento	258
XVI. Telecomunicaciones	261
XVI.1. Cese de emisiones de programas de la televisión pública catalana por parte de una asociación para el territorio de la Comunidad Valenciana sin contar con la preceptiva autorización.....	261

XVI.2. Cobro del servicio de consulta telefónica.....	262
XVI.3. Conflicto de acceso entre operadores de telefonía móvil.....	262
XVI.4. Denegación del segundo canal de emisión analógica al Ente Público Radio Televisión Madrid.....	263
XVI.5. Ejecución del Plan Nacional de Transición a la TDT. Medidas cautelares..	263
XVI.6. Principio de neutralidad tecnológica	264
XVI.7. Publicidad televisiva.....	267
XVI.8. Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones	267
XVI.9. Requerimiento de información por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones	268
XVI.10. Retirada de número telefónico.....	271
XVI.11. Retirada del producto Línea Hogar de Telefónica	272
XVI.12. Utilización de frecuencias radioeléctricas sin autorización.....	275
XVII. Transportes	277
XVII.1. Aeropuertos	277
XVII.1.1. Competencia del Estado. STS de 4 de junio de 2012 (RC 1428/2009). ...	277
XVII.1.2. Competencia para ordenar la suspensión de las obras. Falta de autorización por el Estado de la construcción del aeropuerto. STS de 4 de junio de 2012 (RC 1428/2009).....	278
XVII.2. Transportes por carretera.....	279
XVII.2.1. Autorizaciones.....	279
XVII.2.1.1. Autorización de servicios regulares de transporte temporales y de uso especial: requisitos: inexistencia de tráficos coincidentes con líneas de servicio regular. STS de 15 de diciembre de 2010 (RC 1307/2008).....	279

- I. Administraciones Públicas
 - I.1. Convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas
 - I.1.1. Naturaleza
 - I.1.2. Resolución
 - I.2. Comunidades Autónomas
 - I.2.1. Traslación de la competencia para conocer de los recursos de revisión de actos nulos
 - I.2.2. Competencia autonómica en materia de seguridad pública
 - I.3. Administración local
 - I.3.1. Consulta popular
 - I.3.2. Segregación de términos municipales
 - I.4. Administración corporativa
 - I.4.1. Cámaras de Comercio y Cámaras de la Propiedad Urbana
 - I.4.1.1. Elecciones a los órganos de gobierno de las Cámaras de Comercio. Emisión del voto por correo
 - I.4.1.2. Cámaras de la Propiedad Urbana: liquidación
 - I.4.2. Colegios Profesionales
 - I.4.2.1. Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio
 - I.4.2.1.1. Características de la nueva normativa sobre visado colegial
 - I.4.2.1.2. Contenido y función del visado
 - I.4.2.1.3. Alcance de la habilitación del Gobierno para establecer el visado colegial obligatorio
 - I.4.2.1.4. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en esta materia
 - I.4.2.1.5. Autonomía colegial en materia de visado
 - I.4.2.2. Títulos profesionales
 - I.4.2.2.1. Atribuciones profesionales
 - I.4.2.2.2. Concepto de profesión titulada
 - I.4.2.2.3. Concurrencia de títulos habilitantes para la misma actividad
 - I.4.2.2.4. Nulidad de pleno derecho de la convalidación de títulos extranjeros
 - I.4.2.2.5. Reconocimiento de títulos expedidos en otros países de la Unión Europea
 - I.4.2.2.6. Pronunciamientos sobre títulos en concreto
 - Ingenieros técnicos industriales
 - Ingenieros técnicos agrícolas
 - Ingenieros agrónomos e ingenieros técnicos agrícolas
 - Veterinarios
 - Veterinarios: Reglamento (CE) número 854/2004
 - Mecánico mayor naval
 - Guías turísticos

- Título acreditativo de la capacidad profesional para el ejercicio de la actividad de transporte interior e internacional de mercancías

- Controlador aéreo

I.4.2.2.7. Pruebas para la obtención del título profesional

I. Administraciones Públicas

I.1. Convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas. STS de 8 de marzo de 2011 (RCA 4143/2008)

I.1.1.- Naturaleza

A estos efectos, resulta adecuado destacar el carácter institucional de los Convenios de colaboración formalizados entre el Estado y las Comunidades Autónomas como instrumentos de concertación para la ejecución de proyectos de interés común de ambas Administraciones, que, fundamentados en la mutua lealtad, constituyen un reflejo de los principios constitucionales de colaboración y cooperación interadministrativos y de bilateralidad, cuyo reconocimiento se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado.

La naturaleza singular de los Convenios de colaboración suscritos entre el Estado y las Comunidades Autónomas se proyecta, desde la perspectiva estructural u orgánica, como destaca la Sala de instancia con convincente rigor jurídico, en la constitución de órganos mixtos de vigilancia y control, al que el artículo 6.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, atribuye la facultad de resolver los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la atribución al orden jurisdiccional contencioso-administrativo del conocimiento de las cuestiones litigiosas que puedan surgir, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.3 del referido texto legal.

I.1.2.- Resolución

Desde esta perspectiva, sostenemos que carece de fundamento el planteamiento casacional que sustenta el Abogado del Estado para fundamentar la pretensión anulatoria de la sentencia recurrida, pues la tesis que se propugna, de entender que resulta indiscutible la facultad del Ministerio de Fomento de acordar unilateralmente la resolución de un negocio jurídico, con base en la invocación del artículo 1124 del Código Civil, y la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y que el procedimiento seguido por la Administración General del Estado constituye el único cauce para reaccionar ante un incumplimiento como el imputado a la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, «no consistente precisamente en inactividad, sino en ultra actividad», resulta contradictoria con el contenido de las cláusulas de los Convenios de colaboración suscritos entre el Ministerio de Fomento y la Comunidad

Autónoma de les Illes Balears, en materia de carreteras, de 21 de enero de 1998 y 12 de marzo de 2004, que imponen la institucionalización de la Comisión Bilateral Mixta de Programación, Seguimiento y Control, de composición paritaria, integrada por representantes del Ministerio de Fomento y del Ministerio de Economía y Hacienda y por representantes de las Consejerías de Fomento y de Economía de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, que asume las funciones específicas de interpretar las normas y previsiones de los Convenios y resolver las dudas y controversias que surjan en su aplicación.

[...]Resulta, por ello, más acorde con los principios generales de eficacia y de descentralización que rigen la actuación de las Administraciones Públicas sancionados en el artículo 103 de la Constitución, desde la perspectiva de las prescripciones convencionales examinadas, procurar la intervención de la Comisión Bilateral Mixta de Programación, Seguimiento y Control instituida en los Convenios de colaboración suscritos entre el Ministerio de Fomento y la Comunidad Autónoma de les Illes Balears de 21 de enero de 1998 y de 12 de marzo de 2004, en la resolución de las controversias surgidas sobre el incumplimiento de los presupuestos de los proyectos y plazos pactados para la licitación de las obras, sobre el incumplimiento de la obligación de licitar las obras contando con la previa supervisión del proyecto por el Ministerio de Fomento, y sobre el incumplimiento consistente en haber licitado y adjudicado obras no contempladas en los Convenios, en cuanto que es inapropiada la aplicación de técnicas de coordinación en el modelo de relaciones interadministrativas de cooperación o de colaboración. En este sentido, como refiere la Sala de instancia, la Comisión Bilateral Mixta debe, en el ejercicio de sus facultades, adoptar aquellas previsiones que se revelen necesarias, adecuadas y proporcionadas para la correcta aplicación, ejecución y desarrollo de los Convenios de colaboración considerados.

I.2. Comunidades Autónomas

I.2.1. Traslación de la competencia para conocer de los recursos de revisión de actos nulos cuando la competencia en la materia ha sido transferida a las Comunidades Autónomas. STS de 5 de julio de 2012 (RCA 216/2011)

Al respecto, cabe poner de relieve que ninguna tacha de ilegalidad podría suscitarse en relación con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2011, pues la decisión de inadmisión se revela acorde con la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 24 de febrero de 2009 (RC 6264/2006), en la que sostuvimos que, aunque la potestad de revisión de oficio corresponde en principio a la propia Administración de la que ha emanado el acto, sin embargo, el ejercicio de esta facultad revisora corresponderá a la Administración de la Comunidad Autónoma cuando se hayan transferido las competencias en la materia objeto de la petición de revisión de oficio, al incluirse sin distinción todas las potestades administrativas inherentes a dicha atribución, lo que en el supuesto enjuiciado determina la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Igual doctrina STS de 10 de diciembre de 2012 (RCA 309/2010) y otras.

I.2.2. Competencia autonómica en materia de seguridad pública. STS de 18 de mayo de 2011 (RC 2603/2007).

Pues bien, en nuestra Sentencia de 16 de noviembre de 2009, recordamos que con posterioridad a esta sentencia de 15 de marzo de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional dictó la sentencia 154/2005 de 9 de junio, en el conflicto positivo de competencia 1903/95 y acumulados, estimando parcialmente el conflicto positivo promovido por la Generalidad de Cataluña en relación con el Real Decreto 2364/1994 de 9 de diciembre (por el que se aprueba el reglamento de seguridad privada), declarando que vulneran las competencias de la Generalidad de Cataluña las facultades de ejecución atribuidas a órganos de la Administración General del Estado por los arts. 65.3 y 81.1 c) y 2 del Reglamento de seguridad privada.

Dijimos en nuestra Sentencia de 2009, que las consideraciones expuestas por el Tribunal Constitucional eran extensibles al caso entonces enjuiciado dadas las competencias de ejecución en materia de seguridad ciudadana que ostenta la Comunidad Autónoma del País Vasco en virtud de la Disposición Adicional 1ª de la Constitución y el artículo 17 de su Estatuto de Autonomía. Concluimos en aquella ocasión que el recurso de casación debía ser desestimado "al no referirse el requerimiento impugnado a ninguno de los espacios extracomunitarios y supracomunitarios reservados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el artículo 17.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por L. O. 3/79, de 18 de Diciembre."

Con arreglo a la doctrina constitucional y de esta Sala anteriormente expuesta, cabe reconocer también ahora y en virtud de las competencias de ejecución en materia de seguridad pública de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la competencia autonómica en relación a la autorización relativa a un servicio de vigilancia de seguridad con armas.

I.3. Administración local

I.3.1. Consulta popular: competencia municipal y autorización del Consejo de Ministros. STS de 15 de noviembre de 2012 (RCA 546/2010)

La decisión del Consejo de Ministros de autorizar o denegar la convocatoria de una consulta popular municipal se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un acto de control de que la solicitud se ajuste a los requisitos legalmente previstos de naturaleza procedimental y material. En aras de preservar el adecuado equilibrio entre el principio representativo y el principio de participación directa se exige que la consulta sea a iniciativa del Alcalde, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno de la Corporación municipal. El objeto de la consulta popular debe referirse a asuntos relativos a la acción del gobierno local, de carácter local, que versen sobre materias de competencia propia municipal, que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, excluyéndose, en todo caso, los asuntos relativos a la Hacienda Local.

El presupuesto de que la consulta popular se refiera a «asuntos de la competencia propia municipal» alude a aquellas competencias específicas enunciadas en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que el municipio ejerce, en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, con plena capacidad de decisión, es decir, bajo su responsabilidad, de forma libre y autónoma, no condicionadas a controles de oportunidad.

I.3.2. Segregación términos municipales: improcedencia contra disposiciones dictadas durante la guerra civil. STS de 5 de julio de 2012 (RCA 216/2011)

Ello determina que resulte improcedente la acción de nulidad promovida contra el Decreto del General Franco, número 331, de 28 de julio de 1937, suscrito como Jefe del Estado, en cuanto que, como enfatiza esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de mayo de 2005 (RC 3048/2002), «el artículo 102 de la Ley 30/1992, tipifica la revisión de oficio con un carácter excepcional que únicamente debe utilizarse cuando realmente se detecten vicios que hagan precisa la retirada del acto del mundo jurídico». Al respecto, procede significar que esta Sala jurisdiccional propugna que cabe atemperar la facultad de revisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 106 de la referida Ley procedimental administrativa, en aquellos supuestos en que por el transcurso del tiempo se haya consolidado el criterio legal y jurisprudencial contrario a la alteración de los términos municipales, lo que apreciamos acontece en el caso enjuiciado, en que, como hemos expuesto, el contenido resolutorio del Decreto del Jefe del Estado de 28 de julio de 1937 impugnado, considerado ilegítimo, ha perdido sobrevenidamente su vigencia, al ser sustituido por el Decreto del Presidente de la Junta de Andalucía 499/2004, de 5 de octubre, que desestimó la solicitud formulada por el Ayuntamiento de Dos Hermanas para rectificar las anomalías en la delimitación del término municipal que tuvieron su origen en la demarcación de 1937.

Igual doctrina STS de 10 de diciembre de 2012 (RCA 309/2010)

I.4. Administración corporativa

I.4.1. Cámaras de Comercio y Cámaras de la Propiedad Urbana

I.4.1.1. Elecciones a los órganos de gobierno de las Cámaras de Comercio. Emisión del voto por correo. STS de 19 de julio de 2010 (RC 2484/2009)

El cuarto motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 73.2, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General, debe ser estimado, en cuanto que consideramos que la Sala de instancia ha incurrido en error de Derecho al sostener que la Orden impugnada en la instancia, en la regulación de las garantías inherentes a la emisión del voto por correo, al exigir la recogida de modo personal por el elector, de la documentación remitida por la Secretaría de la Cámara correspondiente, previa comprobación del personal del Servicio de Correos, excede de

lo dispuesto en la LOREG, que permite la entrega de la documentación electoral al interesado o a su representante, puesto que no tiene en cuenta que dicha disposición legal establece, expresamente, que el aviso de recibo acreditativo de la recepción de la documentación remitida por la Oficina del Censo Electoral deberá ser firmado personalmente por el interesado, previa acreditación de su identidad, debiendo presentarse por sí, en caso de no encontrarse en el domicilio, en la oficina de correos o bien a través de su representante, en los supuestos concretos de enfermedad o incapacidad.

En este sentido, cabe poner de relieve que en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2009 (RC 2145/2007), hemos sustentado la necesidad de interpretar las normas reguladoras de la emisión del voto por correo para ejercer el derecho de sufragio en las elecciones de los Órganos de Gobierno de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación en el sentido más riguroso, en aras de salvaguardar la transparencia del procedimiento de elección, en los siguientes términos:

«[...] La apreciación de la forma en la que se remitió la aludida documentación es pacífica. Como reconocen las partes procesales, una vez presentada la solicitud de la documentación, la Secretaria de la Cámara de Comercio de Huelva actuando con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 191/1997, de 17 de julio, Reglamento Electoral de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de la Comunidad Autónoma de Andalucía, procedió a la remisión por correo certificado de la documentación contemplada en el referido precepto, que entre otra, contenía el certificado de inscripción en el censo electoral, el correspondiente sobre dirigido al Secretario de la Junta Electoral indicando el Presidente de la Mesa Electoral del Colegio a quien debía ser entregado, y las papeletas de voto. Esta documentación se remitió previamente por correo certificado, a cada uno de los electores solicitantes, bien en su domicilio, bien en la dirección indicada a tal fin.

El exclusivo punto de controversia radica, en consecuencia, en determinar si la remisión de la documentación por correo certificado debió realizarse con las formalidades contempladas en los citados artículos 72 y 73 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Procede, pues, contraponer el Reglamento autonómico, que en su artículo 10 prevé la remisión de la documentación electoral mediante correo certificado, con lo dispuesto en los artículos 72 y 73 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, que en el apartado 2º del artículo 73 contempla que el envío de la documentación por correo certificado se realice con acuse de recibo que debe ser firmado personalmente por el interesado, previa acreditación de su identidad, y el procedimiento a seguir en caso de no encontrarse en su domicilio.

El artículo 73 citado se expresa en los siguientes términos:

1. Recibida la solicitud a que hace referencia el artículo anterior, la Delegación Provincial comprobará la inscripción, realizará la anotación correspondiente en el censo, a fin de que el día de las elecciones no se realice el voto personalmente, y extenderá el certificado solicitado.
2. La Oficina del Censo Electoral remitirá por correo certificado al elector, a partir del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria y antes del sexto día anterior al de la

votación, al domicilio por él indicado o, en su defecto, al que figure en el censo, las papeletas y los sobres electorales, junto con el certificado mencionado en el párrafo anterior, y un sobre en el que figurará la dirección de la Mesa donde le corresponda votar. Con los anteriores documentos se adjuntará una hoja explicativa.

El aviso de recibo acreditativo de la recepción de la documentación a que alude el párrafo anterior deberá ser firmado personalmente por el interesado, previa acreditación de su identidad. Caso de no encontrarse en su domicilio, se le comunicará que deberá personarse por sí o a través de la representación a que se refiere la letra c) del artículo anterior en la oficina de Correos correspondiente para, previa acreditación, recibir la documentación para el voto por correo, cuyo contenido se hará constar expresamente en el aviso.

Pues bien, frente a la interpretación de la Sala, entendemos que la ausencia de garantías en orden a la recepción por el elector de la documentación para ejercer el voto por correo constituye propiamente una omisión o laguna de una garantía esencial e imprescindible para lograr la transparencia del procedimiento de elección. No cabe olvidar, por un lado, que, con arreglo a lo establecido en la Instrucción 4/2002, de la Dirección General de Comercio, la documentación se remitió por la Secretaria de la Cámara de Comercio de Huelva al domicilio del elector o al designado mediante correo certificado: pero tal forma de remisión no garantizaba que la documentación efectivamente se entregara a una persona idónea, ni tampoco permitía la identificación de la persona que se responsabilizaba de la recepción. No podemos considerar cumplida la finalidad pues no consta que las cartas certificadas con la documentación electoral fueran correctamente entregadas al destinatario, al no figurar la identidad del receptor del sobre expedido por la Cámara, que contenía tanto las papeletas de voto como el certificado acreditativo de la inscripción en el censo electoral, de manera que quien recibía el envío, que, como hemos indicado, no resultaba debidamente identificado, se encontraba en posesión de todos los elementos documentales necesarios para emitir el voto, sin que existieran otras cautelas posteriores en orden a verificar la acreditación de la identidad del elector.

Precisamente esta irregularidad se denunciaba en la reclamación formulada por diversos electores ante la Junta Electoral Provincial de Huelva e incidió en el resultado final de las elecciones celebradas, como se desprende de los datos que se expone en la resolución de la Junta de Andalucía, estimatoria del recurso de alzada, en que se relacionan los grupos y categorías de electores afectados. Consideramos en suma, que no se ha respetado una de las exigencias de necesaria identificación en el procedimiento electoral concretizándose el déficit de garantía que ha incidido y ha supuesto una irregularidad en el ejercicio del voto para ciertos electores. La aludida formalidad de identificar al receptor de la documentación, se erige en una garantía de carácter esencial, pues, como se ha indicado, la remisión de la forma descrita no aseguró su efectiva recepción y ulterior emisión del voto por el correspondiente elector.

Esta doctrina es acorde con la mantenida por esta Sala Tercera en la Sentencia de 7 de mayo de 2001, dictada en el recurso de casación número 3608/1994, invocada por la Junta recurrente, en la que apreciamos, de igual modo, la existencia de graves irregularidades en un proceso electoral de una Cámara de Comercio y entendimos aplicable en el artículo 72 de la Ley Orgánica Electoral General, en relación a la

remisión de la documentación electoral para ejercer el voto por correspondencia al elector».

I.4.1.2. Cámaras de la Propiedad Urbana: liquidación. STS de 6 de marzo de 2012 (RC 1091/2009).

Sin embargo, basta ver el tenor de la citada disposición para comprobar que la misma no impone en ningún caso a las Administraciones económicas la opción de constituir entes de base asociativa que substituyan las extintas Cámaras de la Propiedad Urbana, por lo que carece de todo fundamento la tesis de que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia sólo podrían proceder a liquidar las Cámaras de la Propiedad Urbana en los supuestos en que su supervivencia económica no estuviera asegurada. Antes al contrario, la supresión como corporaciones de derecho público se produce ex lege por medio del referido Real Decreto-ley 8/1994, de carácter básico, quedando abierta la posibilidad a dichas Comunidades Autónomas de constituir entidades representativas de base asociativa y voluntarias, pero en modo alguno tal opción se configura como una obligación, fuese cual fuese la situación económica de la Corporación suprimida. De hecho, la Comunidad Autónoma del País Vasco ni constituyó entes de base asociativa ni ha interrumpido el proceso de liquidación de las Cámaras de la Propiedad Urbana del País Vasco, sino que, una vez clarificada la situación jurídica en la materia, esta Comunidad ha optado por proceder a su liquidación por medio del Decreto impugnado, tal como se detalla en su exposición de motivos.

La opción de constituir entidades representativas que hubieran dado continuidad a las antiguas corporaciones de derecho público, interrumpiendo el proceso de liquidación de las mismas en caso de que el mismo no estuviese finalizado, según indica el apartado 5 de la disposición adicional trigésima, no estaba condicionada por ésta a la sostenibilidad económica de las Cámaras suprimidas, sino que dependía de una decisión discrecional de los Gobierno autonómicos que lo considerasen oportuno en base a sus competencias estatutarias en la materia.

I.4.2. Colegios profesionales

I.4.2.1. Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio

Sobre las impugnaciones de esta disposición general se han dictado las SSTS de 3 de junio de 2011 (RCA 433/2010), 31 de enero de 2012 (RCA 408/2010, 452/2010, 431/2010 y 468/2010), 9 de marzo de 2012 (RCA 463/2010), 12 de marzo de 2012 (RCA 388/2010), 21 de marzo de 2012 (RCA 457/2010), 14 de septiembre de 2012 (RCA 482/2010), 17 de septiembre de 2012 (RCA 422/2010, 471/2010, 474/2010, 479/2010 y 485/2010) y 24 de septiembre de 2012 (RCA 473/2010, 481/2010 y 493/2010). La doctrina que sigue ha sido recogida en casi la totalidad de estas Sentencias.

I.4.2.1.1. Características de la nueva normativa sobre visado colegial. STS de 31 de enero de 2012 (RCA 431/2010)

Centrados, pues, en el artículo 13 de la Ley 2/1974, la nueva regulación legal del visado determina un cambio muy relevante, en varios órdenes conceptuales, respecto de la precedente.

A) En primer lugar, el visado se limita a los Colegios de profesiones técnicas únicamente "cuando se solicite por petición expresa de los clientes" sin que en ningún caso los Colegios, por sí mismos o a través de sus previsiones estatutarias, puedan imponer la obligación de visar los trabajos profesionales. Esta es la regla general que ha de regir la interpretación del resto.

B) En segundo lugar, se habilita al Gobierno para establecer, mediante Real Decreto, cuándo puede imponer el visado colegial obligatorio, a cuyo efecto fija la Ley dos criterios: a) que sea necesario por existir una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas; y b) que se acredite que el visado es el medio de control más proporcionado.

C) En tercer lugar, se precisan las funciones del visado colegial, tanto de manera positiva (podrá tener por objeto, al menos, comprobar la identidad y habilitación profesional del autor del trabajo, así como la corrección e integridad formal de la documentación de dicho trabajo profesional) como de manera negativa: el visado "en ningún caso comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales [...] ni tampoco comprenderá el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional".

I.4.2.1.2. Contenido y función del visado colegial. STS de 31 de enero de 2012 (RCA 431/2010)

Por lo que a continuación diremos, esta última prohibición [el visado "en ningún caso comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales (...) ni tampoco comprenderá el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional"] resulta particularmente significativa. Los colegios profesionales, al visar los proyectos o trabajos de sus colegiados, no pueden ni deben juzgar sobre la mayor o menor adecuación técnica del trabajo desarrollado por aquéllos, esto es, sobre su corrección desde el punto de vista de la *lex artis* o sobre su ajuste a las prescripciones técnicas de contenido sustantivo. Son los propios profesionales quienes responden ante los clientes y ante la sociedad en general de la corrección técnica de sus proyectos o actuaciones, sin que los eventuales errores o defectos de esta naturaleza que contengan puedan ser objeto del visado colegial.

El visado colegial se reduce, pues, conforme al artículo 13.2 de la Ley 2/1974, a meras constataciones de carácter formal y de ningún modo abarca los aspectos esencialmente técnicos o facultativos de las actuaciones a él sujetas. Al visar un determinado proyecto el Colegio profesional podrá constatar si su autor goza de habilitación al efecto y si en aquél se incluyen los documentos que le han de acompañar pero, repetimos, mediante el visado colegial no puede controlar técnicamente la corrección de sus elementos facultativos.

I.4.2.1.3. Alcance de la habilitación del Gobierno para establecer el visado colegial obligatorio. STS de 31 de enero de 2012 (RCA 431/2010)

La habilitación que el artículo 13.1 de la Ley 2/1974 confiere al Gobierno para establecer, mediante Real Decreto, el visado colegial obligatorio no implica, a nuestro juicio, que exista un correlativo deber, exigible en términos estrictamente jurídicos por vía jurisdiccional, de imponer aquél para unos u otros supuestos de entre los que existían en el momento en que se aprueba la nueva regulación (se afirma que fueron identificadas "unas 80 actividades sujetas a visado colegial"). El Gobierno podría, legítimamente, no haber incluido ninguno de ellos en la relación correspondiente y, en consecuencia, haberse limitado a regular el régimen de visados meramente voluntarios.

La habilitación está, en efecto, sujeta a un considerable grado de libertad de apreciación, de modo que los dos criterios (necesidad y proporcionalidad) que se establecen en el artículo 13.1 de la Ley 2/1974 son susceptibles, vista la diversidad y pluralidad de supuestos existentes, de una aplicación diferenciada en la que se ha de reconocer al titular de la potestad reglamentaria una elevada capacidad de decisión autónoma. El propio Real Decreto 1000/2010 no excluye, por lo demás, que el número clausus fijado en su artículo 2 pueda resultar insuficiente, a cuyo efecto obliga al Ministerio de Economía y Hacienda (Disposición final segunda) a realizar, antes de tres años, un estudio "sobre la conveniencia de actualizar la relación de trabajos profesionales sometidos a visado obligatorio contenida en el artículo 2".

La "apreciación de la concurrencia de los criterios legales de necesidad y proporcionalidad" puede, por lo tanto, ser realizada y modificada dentro de un sistema de desarrollo reglamentario abierto, de modo que el listado inicial de trabajos profesionales sometidos a visado obligatorio, además de ser susceptible de actualización en función de cambios que afecten a la valoración de aquellos dos criterios, responde a un juicio que no admite fácilmente soluciones unívocas.

I.4.2.1.4. Competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en esta materia. STS de 31 de enero de 2012 (RCA 431/2010)

"Y es que, en efecto, siendo el visado colegial obligatorio una técnica de control mediante la que los Colegios ejercen funciones administrativas coherentes con su cualidad de corporaciones de Derecho Público (artículo 1 de la Ley 2/1974), es el Estado quien ostenta la competencia para establecer su legislación básica según dispone el artículo 149.1.18ª de la Constitución. En el ámbito de esta competencia puede, a nuestro entender, limitar como ha hecho los supuestos en que los colegios profesionales han de visar los trabajos profesionales y, en general, regular las bases del régimen jurídico de la expedición de los visados colegiales.

[...] Un segundo título competencial que presta cobertura a la modificación de la Ley 25/2009 -y a su desarrollo reglamentario en materia de visados para servicios profesionales- es el relativo a la dirección de la política económica que corresponde al Estado y a sus facultades de coordinación: dada la relevante importancia del sector servicios en la economía, es lógico que dentro de las competencias estatales de

coordinación, que evitan las disfunciones y la fragmentación del mercado, se encuentre la que permite al legislador estatal establecer tanto un principio general de mayor liberalización de aquellos servicios como unos criterios básicos sobre la supresión de las eventuales trabas y cargas administrativas que recaen sobre sus prestadores y sus prestatarios”.

I.4.2.1.5. Autonomía colegial en materia de visado. STS de 31 de enero de 2012 (RCA 431/2010)

[S]iendo cierto que la autonomía de los colegios profesionales y la Ley 2/1974 admiten un margen de actuación normativa propia a los estatutos reguladores de aquéllos y de las profesiones correspondientes, que no debe ser suplantada por la potestad reglamentaria de otros poderes públicos, también lo es que, dada la naturaleza administrativa del visado obligatorio en cuanto carga que se impone a los particulares y a las empresas, su régimen jurídico ha de ser el que disponga precisamente el Legislador estatal, no los colegios profesionales. De lo que se deduce que, en desarrollo de la Disposición transitoria tercera de la Ley 25/2009, el Gobierno puede tanto establecer los supuestos únicos de visado obligatorio (artículo 2 del Real Decreto) como el resto de reglas que según los artículos 3 a 8 de aquél determinan el modo en que se ha de proceder al visar los trabajos profesionales.

I.4.2.2. Títulos profesionales

I.4.2.2.1. Atribuciones profesionales. STS de 21 de diciembre de 2010 (RC 1360/2008)

A propósito de las atribuciones profesionales, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina general que, aunque no exenta de ciertas primeras vacilaciones, ha terminado por unificarse. Esta doctrina está bien descrita en nuestra sentencia de 10 de noviembre de 2008 (casación 399/06), que dice lo siguiente: "Al respecto debe partirse de que nuestra jurisprudencia, interpretando la Ley de Atribuciones 12/1986, de 1 de abril, ha dado soluciones diversas a los problemas de este tipo según los casos planteados. Así es de tener en cuenta que existe una línea jurisprudencial de la que son exponentes las Sentencias de 15 de enero de 1997, 3 de noviembre de 1999, y 31 de octubre de 2000 según la cual debe reconocerse la competencia para ejercer la actividad al profesional de la especialidad técnica más próxima. Por otra parte no siempre se hacen exactamente las mismas declaraciones ni se expresan los mismos motivos en las Sentencias de 20 de enero de 1997, 15 de noviembre de 1999 y 3 de noviembre de 2000.

[...] Tales pronunciamientos confirman que las orientaciones actuales huyen de consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva del título ostentado y mantienen la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficiente”.

I.4.2.2.2. Concepto de profesión titulada. STS de 22 de diciembre de 2011 (RC 684/2009).

La alegación de que la supresión de la especialidad del título profesional aeronáutico de controlador de tránsito aéreo debía haberse regulado en una norma con rango de Ley, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 36 de la Constitución, para las profesiones tituladas, no puede ser acogida, en cuanto que, conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional expuesta en las sentencias 330/1994, de 15 de diciembre, 118/1996, de 27 de junio, 109/2003, de 5 de junio, 152/2003, de 17 de julio, y 181/2008, de 22 de diciembre, la profesión de controlador de tránsito aéreo no puede caracterizarse como profesión titulada, en el sentido de que su ejercicio está condicionado a la previa posesión de concretos títulos académicos de estudios superiores, ya que el hecho de que los poderes públicos intervengan en la regulación de ciertas actividades profesionales sometiéndolas a la previa obtención de una autorización administrativa, o a la superación de ciertas pruebas de aptitud o de determinados requisitos, no es equiparable a la creación o regulación de profesiones tituladas.

I.4.2.2.3. Concurrencia de títulos habilitantes para la misma actividad. STS de 14 de octubre de 2011 (RCA 645/2009)

Asimismo y como dice acertadamente la Sala de instancia, la jurisprudencia de esta Sala sobre concurrencia competencial entre titulados con conocimientos suficientes para desarrollar una determinada actividad tiene como límite el que el legislador haya expresado una restricción de determinadas funciones o competencias en favor de una determinada titulación, por entenderlo más conveniente por razones técnicas o de otro orden. Pues bien, como se acaba de indicar, tal es el caso con la nueva redacción del referido artículo 3 del Real Decreto -ley, lo que supone que no se ha producido la infracción de la jurisprudencia invocada.

I.4.2.2.4. Nulidad de pleno derecho de la convalidación de títulos extranjeros. STS de 7 de octubre de 2010 (RC 481/2008)

Como señalamos en la Sentencia de 23 de noviembre de 2008, recurso de casación número 1998 /2006 para apreciar el vicio al que se refiere la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, no basta con que se denuncie una vulneración objetiva de las normas reglamentarias aplicables (...); se requiere, precisamente, atribuir al titular del derecho o de la facultad la carencia de un requisito esencial. Y, dada la cautela con la que debe afrontarse la revisión de oficio (que, por dirigirse contra actos ya firmes, perturba en cierto modo la seguridad jurídica y la posición de quien resultó beneficiado por el acto contra el que nadie interpuso un recurso temporáneo), no es posible interpretar en el sentido que lo hace la recurrente el concepto de "requisito esencial" para la adquisición del derecho o de la facultad. No todos los requisitos necesarios para ser titular de un derecho pueden reputarse "esenciales": tan sólo los más significativos y directa e indisolublemente ligados a la naturaleza misma de aquél. En otro caso, se propiciaría la desvirtuación de este motivo extraordinario de invalidez absoluta, que vendría a

parificarse en la práctica con los motivos de anulabilidad.

I.4.2.2.5. Reconocimiento de títulos expedidos en otros países de la Unión Europea. STS de 1 de junio de 2010 (RC 4177/2007)

El Colegio demandante ha centrado su esfuerzo argumentativo en demostrar que existen importantes materias o asignaturas cuya superación se exige en España y que, sin embargo, no se precisan para la obtención del título invocado en Inglaterra.

Pero lo cierto es que el espíritu de la normativa reguladora de la cuestión controvertida se orienta en sentido diferente del pretendido por el Colegio recurrente, puesto que aquella, lejos de limitarse a una simple comparación del número de asignaturas que comprenden cada una de las titulaciones en litigio, lo que pretende es suprimir los obstáculos que existían para la libre circulación en el ámbito comunitario de los ciudadanos de los países que estén en posesión de títulos formalmente.

I.4.2.2.6. Pronunciamientos sobre títulos en concreto.

- **Ingenieros Técnicos Industriales**, derecho de las personas físicas a acceder a la condición o actividad de entidad de control de calidad de la edificación o de laboratorio de ensayos para el control de calidad de la edificación. STS y 17 de junio de 2011 (RCA 255/2010). Respecto del desarrollo de estas funciones por los Ingenieros Técnicos de Telecomunicaciones: STS de 3 de junio de 2011 (RCA 296/2010)

- **Ingenieros Técnicos Agrícolas**: no son profesionales sanitarios: no vulnera sus competencias la atribución a los veterinarios de la dirección del "equipo técnico" especializado para implantar una guía de prácticas correctas de higiene en cada explotación lechera. STS de 29 de octubre de 2012 (RCA 11/2010)

- **Ingenieros Agrónomos e Ingenieros Técnicos Agrícolas**: elaboración de la memoria agronómica de los Establecimientos Agroalimentarios de la Comunidad Valenciana. STS de 3 de mayo de 2012 (RC 1518/2009)

- **Veterinarios**: los aspectos específicamente "sanitarios" y el control de la "higiene" en la elaboración de alimentos de origen animal, así como la prevención y la lucha contra las enfermedades animales, son competencia propia de una de las "profesiones sanitarias" a las que la Ley 44/2003, de 21 de octubre, de ordenación de aquéllas, ha reconocido (artículo 6.2) una reserva de actividad.

- **Veterinarios: Reglamento (CE) número 854/2004, de 29 de abril**, que establece un marco comunitario para los controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano y fija normas específicas para la carne fresca, los moluscos bivalvos, la leche y los productos lácteos: la norma

comunitaria otorga un papel preponderante a los veterinarios en el control de las explotaciones de producción de leche. STS de 29 de octubre de 2012 (RCA 11/2010)

- **Mecánico Mayor Naval:** título y tarjeta profesional: requisitos para su obtención: período de embarque. STS de 13 de enero de 2012 (RC 6621/2009)

- **Guías Turísticos.** Acomodación de la normativa andaluza a las exigencias derivadas de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 22 de marzo de 1994 en el asunto C-357/92, Comisión contra el Reino de España, sobre libre prestación de servicios. STS de 28 de octubre de 2009 (RC 1803/2007).

- **Título acreditativo de la capacitación profesional para el ejercicio de la actividad de transporte interior e internacional de mercancías:** expedición. STS de 1 de marzo de 2011 (RC 5042/2008)

- **Título de controlador aéreo.** Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo. Transposición de la Directiva 2006/23/CE, de 5 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo, siguiendo las directrices expuestas en la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de octubre de 2008 (C-136/2007). STS de 22 de diciembre de 2011 (RCA 684/2009). [N]o podemos compartir la tesis argumental que formulan las asociaciones recurrentes de que la determinación de los requisitos exigidos para la obtención de la licencia de alumno controlador de tránsito aéreo, establecida en el artículo 5 del Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, impugnado, de estar en posesión del título de bachillerato o de un título que permita el acceso a la Universidad o equivalente y haber superado los cursos de formación, supone una degradación de la profesión de Controlador de Tránsito Aéreo, que no está amparada por el principio de libre circulación de trabajadores que consagra el Derecho de la Unión Europea, en cuanto que cabe advertir que de la normativa internacional y europea invocada no se desprende que para ejercer la función de controlador aéreo sea necesario estar en posesión de un título académico universitario, al sólo requerirse ostentar un título habilitante, en el sentido de ser preciso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Navegación Aérea, en la redacción debida a la Ley 21/2003, de 7 de julio, y en el artículo 34 de la Ley de Seguridad Aérea .

I.4.2.2.7. Pruebas para la obtención de título profesional ante el Tribunal Calificador. Principio de confidencialidad de los exámenes. STS de 21 de junio de 2011 (RC 88/2009)

[E]s preciso dilucidar si el principio de confidencialidad impide la exhibición al reclamante del examen que realizó. Pues bien, no parece una interpretación razonable de la regla que impone que los exámenes han de quedar en estado de confidencialidad entender que éstos no pueden ser exhibidos ni siquiera al aspirante que lo ha realizado a los efectos de formular la reclamación que estime conveniente. En primer lugar, la

confidencialidad tiene varias proyecciones, no únicamente la que se refiere a las preguntas, ya que la confidencialidad afecta también al examinado y sus respuestas, que no podrían ser dadas a conocer públicamente sin atender a la privacidad de quien se sometió al examen. En lo que respecta a las preguntas, existe sin duda un interés general en no darlas a conocer, al objeto de preservar la integridad del banco central de preguntas y la posibilidad de reiterar las mismas preguntas en otra ocasión. Pero ha de reconocerse que, recién celebrado un examen, las concretas preguntas realizadas han perdido ya en gran medida su confidencialidad; así, aun sin que nadie recordase el tenor exacto de las mismas, es evidente que el sentido global de las preguntas empleadas en un examen han recibido una amplia publicidad que hace que su confidencialidad haya quedado al menos temporalmente muy debilitada. Lo cual lleva a la conclusión de que difícilmente puede oponerse la confidencialidad de las preguntas efectivamente empleadas en un examen frente a la persona que ha realizado dicho examen y que pretende formular una reclamación.

Por otra parte y no menos importante, no cabe duda de que en el presente supuesto existe una contraposición entre el derecho de defensa del reclamante y el referido principio de confidencialidad de las preguntas, contraposición que debe armonizarse en la medida de lo posible. Pues bien, habida cuenta del señalado debilitamiento de la confidencialidad de las preguntas empleadas en un determinado examen y la necesidad de que el derecho a la reclamación que reconoce la base 8.1 de la convocatoria sea real y efectivo, no un mero reconocimiento formal, es preciso en este caso que la relativa confidencialidad que les resta a dichas preguntas ceda y que el reclamante pueda consultar el examen realizado. De esa manera puede verificar sus imputaciones y formular su reclamación de manera precisa, correspondiendo luego al tribunal examinador decidir sobre el fundamento de la reclamación.

II. Agricultura, pesca y aprovechamientos cinegéticos

II.1. Agricultura

II.1.1. Régimen de pago único

II.1.2. Real Decreto 1680/2009, de 13 de noviembre, sobre aplicación del régimen de pago único en la agricultura y la integración de determinadas ayudas agrícolas a partir de 2010

II.1.3. Sanciones

II.1.3.1. Sanciones en materia de encefalopatías espongiformes transmisibles

II.1.3.2. Infracción por manipulación o utilización fraudulenta de crotales

II.2. Aprovechamientos cinegéticos: segregación de coto de caza

II.3. Pesca

II.3.1. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas

II.3.2. Puerto base de los buques pesqueros

II.3.3. Infracciones

II. Agricultura, pesca y aprovechamientos cinegéticos

II.1. Agricultura

III.1.1. Régimen de pago único

Determinación de los supuestos que deben considerarse fuerza mayor o circunstancias excepcionales, en relación con la facultad reconocida a los agricultores de frutas y hortalizas de incorporarse al régimen de pago único en aquellos casos en que su producción se ha visto afectada por estas específicas circunstancias, consistente en la necesidad de que se haya adoptado la declaración de zona catastrófica para eliminar la referencia a un año. STS de 12 de julio de 2012 (RCA 612/2011)

La pretensión de nulidad del apartado c) del artículo 13 del Real Decreto 262/2008, de 22 de febrero, sobre la integración de las frutas y hortalizas en el régimen de pago único y el establecimiento de los pagos transitorios para los sectores de cítricos y tomates enviados a transformación, fundamentada, como hemos expuesto, en la alegación de que la prescripción relativa a la necesidad de que sea declarada zona catastrófica para eliminar la referencia de un año por causa de fuerza mayor, tiene un carácter discriminatorio, en cuanto que no se funda en criterios objetivos y resulta contraria al principio de igualdad de trato, no puede ser acogida, porque consideramos que no concurren los presupuestos para apreciar la vulneración del principio de igualdad, enunciado en el artículo 14 de la Constitución, pues el tratamiento desigual, respecto de otros productores agrícolas, no carece de una justificación objetiva y razonable, en cuanto la norma reglamentaria pretende regular, específicamente, la integración de las frutas y hortalizas en el régimen de pago único, que por las características específicas y singulares de este sector hortofrutícola, en términos de competitividad del mercado y sostenibilidad de las rentas de los productores, no presupone la necesidad de una regulación uniforme y homogénea equiparable al régimen jurídico de ayudas implementado en otros sectores dentro del marco de ejecución de la política agraria común.

II.1.2. Real Decreto 1680/2009, de 13 de noviembre, sobre aplicación del régimen de pago único en la agricultura y la integración de determinadas ayudas agrícolas a partir de 2010

Efectos discriminatorios que la elección del período de referencia con carácter unitario y uniforme produce a los cultivadores de arroz de Andalucía. SSTS de 28 de octubre de 2011 (RCA 112/2009), 26 de marzo de 2012 (RCA 16/2010) y 3 de julio de 2012 (RCA 120/2009)

Según se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la apreciación de la violación del principio de no discriminación exige demostrar la existencia de trato menos favorable respecto de personas o colectivos que se hallen en una situación sustancialmente similar y comparable consecuencia de no

respetar motivos protegidos, o que se trata de forma idéntica, a personas o colectivos que se hallen en situaciones diferentes que les produzca unos efectos desproporcionadamente perjudiciales, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (STCE 23 de octubre de 2003, 1 de abril de 2008, 17 de julio de 2008, 23 de septiembre de 2009 y 21 de julio de 2011), de modo que, en el supuesto analizado, estimamos que la referencia comparativa alegada no es adecuada y que el colectivo interesado no se caracteriza por un motivo tutelable al amparo del principio de igualdad.

II.1.3. Sanciones

II.1.3.1. Infracciones en materia de encefalopatías espongiformes transmisibles

Sanción por infracción muy grave prevista en el artículo 2.2.h) del Real Decreto-ley 8/2001, de 6 de abril STS de 9 de julio de 2012 (RCA 1117/2009)

El motivo no puede ser acogido pues es correcta la interpretación del apartado 2.h) que hace la Sala de instancia. Se trata, como bien subraya el tribunal a quo, de un precepto específicamente aplicable a diversas fases del proceso productivo y comercial (entre ellas, la fabricación) de piensos para la alimentación de animales de producción que contengan proteínas animales elaboradas expresamente prohibidas. Es esta particular circunstancia -la presencia de piensos para ciertos animales que, a su vez, contienen proteínas animales prohibidas de modo expreso- la que caracteriza o singulariza la infracción muy grave, distinguiéndola de cualquier otra análoga en la que no confluyan ambas circunstancias.

[...] La mayor intensidad del reproche asociado al tipo infractor del artículo 2.h) es coherente, también desde el punto de vista sistemático, con el régimen aplicable a los ilícitos administrativos en materia de prevención y lucha contra las encefalopatías espongiformes transmisibles. Se trata de evitar a toda costa -mediante el establecimiento de fuertes sanciones económicas- uno de los más graves incumplimientos de las obligaciones establecidas en la normativa comunitaria y nacional para prevenir aquellas encefalopatías. La presencia (o "contenido") de proteínas animales expresamente prohibidas en los piensos para animales de producción constituía por sí misma, a tenor del Real Decreto-ley aplicado, un factor de riesgo relevante, de modo que los titulares de las fábricas de pienso -entre otros sujetos responsables- estaban obligados a extremar su diligencia para evitarla.

Si, como en este caso ocurrió, durante el proceso de la fabricación de los piensos para la alimentación de animales de producción la Administración descubre que "contienen proteínas animales elaboradas que han sido expresamente prohibidas", la infracción es apreciable bien a título de dolo bien a título de culpa, esta última por no haber verificado del modo exigible que los productos de base (importados o no) para la fabricación de los piensos estaban exentos de aquellas sustancias.

El tipo infractor no requiere que los piensos "contaminados" hayan sido comercializados efectivamente, bastando para su comisión que se encuentren en la fábrica para su ulterior puesta a disposición de los mercados.

II.1.3.2. Infracción por manipulación o utilización fraudulenta de crotales. STS de 9 de diciembre de 2010 (RUD 35/2009)

En definitiva, no cabe duda de que en virtud de los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad, es correcta la doctrina sentada en la Sentencia de contraste, en la que se exime de responsabilidad al propietario que por razones ajenas a su actuación diligente (robo denunciado), no mantiene la posesión de reses que, una vez recuperadas, se comprueba que han sufrido algún tipo de manipulación de los crotales. Pues bien dicha doctrina debe ser también aplicada al caso de autos, en el que no resulta relevante el tiempo que por pérdida negligente o por traslado irregular de las reses no estuvieron en posesión de su propietaria, sino el período en que estuvieron en paradero desconocido por sustracción de las reses incautadas de los establos de la propia Administración, que incurriría a su vez en negligencia respecto a la vigilancia de dichas reses. Y siendo así que la comprobación de la manipulación fue posterior a dicha sustracción, es indudable que la inseguridad respecto a la autoría ha de beneficiar a la propietaria en igual medida y por idéntico fundamento que en la Sentencia de contraste.

II.2. Aprovechamientos cinegéticos: segregación de coto de caza

La Administración debe valorar los títulos de propiedad aportados por los interesados. STS de 10 de noviembre de 2011 (RC 6529/2008)

Como sostiene la Administración demandada en su escrito de oposición, la Consejería actuante tenía sin duda alguna competencia para actuar en cuestiones de segregación de cotos de caza dentro de las potestades en materia cinegética que le otorga la Ley de Caza de Galicia, y para ello necesariamente debía partir de una valoración jurídica prima facie de los títulos jurídicos aportados por los sujetos afectados. Ahora bien, como también indica la Junta en el citado escrito, cualquier decisión de la Administración no prejuzga los derechos civiles en juego ni, como es evidente, un hipotético pronunciamiento del juez civil en caso de que alguna de las partes afectadas recurriese a dicha jurisdicción impugnando la actuación administrativa. Una interpretación distinta como la que propugna la sociedad recurrente conduciría a la inacción administrativa, pues toda actuación administrativa opera sobre derechos e intereses de los administrados y no le resultaría posible a la Administración pública ejercer las competencias que legalmente ostenta si en cada caso en que su actuación afectase a derechos o intereses contrapuestos tuviese que aguardar con carácter preventivo a un pronunciamiento de la jurisdicción competente.

II.3. Pesca

II.3.1. Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas

Competencia del Estado y de las Comunidades autónomas en materia de pesca y marisqueo. Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación 334/2007, de 14 de febrero, por la que se establece un plan de pesca con artes de trampa en aguas exteriores de la isla de Fuerteventura. STS de 2 de noviembre de 2011 (RC 907/2009)

En efecto, en contra de la tesis argumental que postula el Abogado del Estado en la formulación del motivo de casación, sostenemos que la Sala de instancia, al declarar la incompetencia del Estado para regular características técnicas y condiciones de utilización de las nasas de camarón, no ha realizado una aplicación incorrecta de la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 9/2001, de 18 de enero, en orden a la delimitación de competencias en materia de pesca marítima, ya que su pronunciamiento se sustenta en la mencionada sentencia constitucional, que determina con precisión el alcance y significado de los títulos competenciales «pesca marítima» y «marisqueo», estableciendo como criterio delimitador entre ambas materias, las características de las artes o técnicas que se utilizan en la actividad extractiva de las diversas especies, de modo que quedan comprendidas en el arte del marisqueo aquellas técnicas propias o específicas para la captura de mariscos que tienen un carácter selectivo, y que, por tanto, excluyen la captura de otras especies marinas.

II.3.2. Puerto base de los buques pesqueros: interpretación de su concepto conforme a la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado: STS de 14 de marzo de 2011 (RC 4223/2008)

A mayor abundamiento, tal interpretación no deja de ser una aplicación analógica de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 65, cuando establece que para los buques que faenan fuera del caladero nacional, el puerto base será aquel con el que se mantenga una vinculación socioeconómica destacable. En el supuesto peculiar de autos, en el que la Cofradía carece de puerto base, pero en el que sí puede constatarse una acreditada vinculación socioeconómica entre los buques y trabajadores afectados y dicha Cofradía por sus lugares de amarre y actividades, la interpretación realizada de la normativa autonómica ha de considerarse que no vulnera lo previsto en los referidos preceptos de la Ley estatal invocada.

II.3.3. Infracciones

Obstrucción a inspector de la Secretaría General de Pesca Marítima impidiéndole el ejercicio de su actividad y extralimitación del inspector. Calificación con arreglo al artículo 7.1.p) de la Ley 14/1998, de 1 de junio, por la que se establece el régimen de control para protección de los recursos pesqueros, que sanciona la "falta de colaboración o la obstrucción de las labores de inspección, sin llegar a impedir su ejercicio", y no conforme al artículo 8.h) que contempla las conductas constitutivas de "resistencia, desobediencia u obstrucción grave a las autoridades de vigilancia o inspección o sus agentes, impidiendo el ejercicio de su actividad". S 16 de enero de 2012 (RC 820/2009).

[L]a extralimitación notoria del inspector en el ejercicio de sus funciones también ha de tener, una vez acreditada con carácter firme, consecuencias sobre la calificación de las conductas de los administrados que reaccionan, aunque sea inadecuadamente, frente a aquélla. Al enjuiciar si estas conductas suponen actos de resistencia, desobediencia u obstrucción grave a los agentes de inspección que les impidan el ejercicio de su actividad no puede desconocerse que, en el caso de autos, aquéllas vinieron precedidas de una actitud de provocación por parte del inspector, cuyo designio manifestado ("os voy a hundir") no se atenía, conforme ya ha quedado expuesto, a las pautas de objetividad que le eran exigibles. La existencia de "provocación" a cargo del inspector fue expresamente apreciada, repetimos, en la sentencia penal que ha quedado transcrita.

La Sala de instancia atiende a la existencia de lesión como "circunstancia objetivamente obstativa del desarrollo de la inspección", sobre cuya base tipifica los hechos con arreglo al artículo 8 de la Ley 14/1998. Por nuestra parte, sin embargo, no consideramos procedente desligar aquella lesión de la secuencia de hechos anteriores, de modo que el "impedimento" para el ejercicio de la actividad resulta de la reacción, censurable, ante una provocación previa del funcionario actuante. En estas condiciones, pues, no cabe apreciar la comisión de la infracción muy grave y sí únicamente la grave prevista en el tan citado artículo 7, apartado 1, letra p), de la Ley 14/1998.

- III. Asociaciones
 - III.1. Audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales
 - III.2. Asociaciones de utilidad pública
 - III.2.1. Consecuencias de la declaración
 - III.2.2. Carácter reglado de la declaración
 - III.2.3. Requisitos para obtener la declaración
 - Actividad no restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados

- Promoción del interés general: no se opone a ello la obtención de un beneficio
 - Comprobación del cumplimiento de los requisitos
- III.2.4. Procedimiento para la revocación de la declaración de utilidad pública
- III.2.5. Obligaciones de la asociación

III. Asociaciones

III.1. Audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales. STS de 3 de junio de 2011 (RCA 433/2010)

En último término, debe recordarse que, en referencia a la infracción del artículo 105 a) de la Constitución, que establece que: «La ley regulará la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten», desarrollado en el artículo 24 de la Ley 50/1.997, de 27 de Noviembre, del Gobierno, que dispone en su apartado 1.c), párrafo primero, que: "Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición", esta Sala ha declarado en la sentencia de 21 de junio de 2004 (RC 70/2000) acogiendo la doctrina expresada en las precedentes sentencias de 22 de enero de 1998, 13 de noviembre de 2000, 24 de octubre de 2001 y 23 y 26 de septiembre de 2003, que el trámite de audiencia ha de calificarse como participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general "preceptivamente impuesta" y que "requiere en el órgano que instruye una actividad configurada técnicamente como carga, concretada en la llamada de las organizaciones y asociaciones que necesariamente deben ser convocadas pues, en otro caso, el procedimiento podría quedar viciado o incluso la disposición resultante podría estar incurso en nulidad", debiendo distinguir que la audiencia es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan "por Ley" la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto.

III.2. Asociaciones de utilidad pública

III.2.1. Consecuencias de la declaración. STS de 7 de octubre de 2011 (RC 2903/2008)

En primer lugar debemos recordar que la calificación de una asociación como de utilidad pública constituye una medida de fomento que conlleva una serie de derechos, como son, entre otros, usar la mención "Declarada de Utilidad Pública" en toda clase de documentos junto a su denominación, disfrutar de las exenciones y beneficios fiscales y los beneficios económicos que las leyes les reconozcan (artículo 33 de la Ley Orgánica 1/2002). En cambio, entre sus obligaciones se encuentra la de rendir cuentas anuales, y facilitar a las Administraciones Públicas los informes que éstas les requieran, en relación con las actividades realizadas en cumplimiento de sus fines (art. 35).

Es por ello por lo que habrá de ser analizado con rigor el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32 L.O 1/2002.

III.2.2. Carácter reglado de la declaración. STS de 7 de octubre de 2011 (RC 2903/2008)

Debemos indicar con carácter previo que, como esta Sala ha tenido ocasión de manifestar, el artículo 32 de la LO de tanta cita no establece una potestad discrecional, sino reglada. Así, en la Sentencia de este Tribunal Supremo, de fecha 18 de junio de 2010, dictada en el recurso número 2818/2006, decíamos:

"Con carácter general, la ley puede, atendida la naturaleza de las funciones que ha de cumplir, atribuir a la Administración la libertad de decisión precisa para alcanzar esos fines propuestos por el ordenamiento jurídico. Esta libertad de elección, entre indiferentes jurídicos, entre soluciones igualmente justas, es lo que denominamos discrecionalidad administrativa. Por el contrario, cuando la propia Ley establece una serie de requisitos a cuya concurrencia se anuda la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico, estamos ante una actividad reglada. Pues bien, esta Sala coincide con la parte recurrente en el alegato relativo al carácter reglado de la decisión administrativa de declaración de utilidad pública de una asociación. Así es, el artículo 32 de la LO 1/2002 no confiere a la Administración ninguna libertad de elección entre indiferentes jurídicos, entre soluciones igualmente justas. El carácter discrecional, desde luego, no puede derivarse, como señala la sentencia recurrida, de la utilización del verbo "poder" en el apartado 1 del citado artículo, serían innumerables los ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico al respecto. La naturaleza discrecional se deriva de la propia configuración o conformación de la decisión que la ley establece, y en este caso se configura como una decisión reglada, pues la declaración de utilidad pública se sujeta a una serie de requisitos (letras a/ a e/ del apartado 1 del artículo 32), a cuya concurrencia se anuda la indicada declaración. De manera que no resulta jurídicamente posible que ante la concurrencia de todos los requisitos relacionados legalmente se deniegue tal declaración, del mismo modo que ante el incumplimiento de alguna de tales exigencias se acuerde, no obstante, la declaración de utilidad mencionada. En esto consiste precisamente el carácter reglado de la actuación administrativa."

III.2.3. Requisitos para obtener la declaración:

- **Actividad no restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados.** STS de 15 de diciembre de 2011 (RC 4216/2009)

[L]a cuestión controvertida consiste en determinar si la sentencia impugnada ha realizado o no una interpretación correcta del requisito previsto en el artículo 32 .b) citado. Pues bien, el significado de la norma es que la actividad no ha de estar restringida exclusivamente a beneficiar a los asociados, sino abierta "a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de sus propios fines". Si estos tienden realmente a promover el interés general, de modo que los potenciales beneficiarios no se hallen limitados por condicionamiento de ningún tipo, pues ello excluiría la posible declaración de utilidad pública de la asociación.

- **Promoción del interés general: no se opone a ello la obtención de un beneficio** económico si su destino es el cumplimiento de los fines sociales. STS de 15 de diciembre de 2011 (RC 4216/2009)

Es por ello que no podemos compartir que la actividad que desarrolla la sociedad en cuestión no pueda tener la consideración de utilidad pública en tanto hay contraprestación económica, toda vez que lo determinante no es la obtención de un beneficio económico, sino el destino al que éste va dirigido, y en este sentido, los Estatutos de la sociedad disponen que los beneficios económicos han de dedicarse exclusivamente al cumplimiento de los objetivos sociales. Es cierto que no cabe equiparar interés general con gratuidad o ausencia de ánimo de lucro, habida cuenta de que no existe una equivalencia entre ánimo de lucro y contraprestación por servicios prestados, en línea con lo dispuesto en la Ley 49/2002 de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, que establece como uno de los requisitos para que las entidades sin fines lucrativos sean conceptuadas como tales, el que destinen a la realización de dichos fines al menos el 70% de las rentas e ingresos procedentes de las explotaciones económicas que desarrollen. En consecuencia, no cabe entender que la prestación onerosa de un servicio conduzca necesariamente a conceptuar que la entidad que lo presta carezca de interés general, toda vez que para ello habrá que tener en cuenta las actividades que realiza para el cumplimiento de su fin social, si éstas redundan en beneficio de la colectividad, y del destino al que se aplican los ingresos que la entidad pudiera obtener.

- Para la **comprobación del cumplimiento de los requisitos** ha de atenderse tanto a los fines teóricos previstos en los estatutos, como a la actividad efectivamente desarrollada. STS de 7 de octubre de 2011 (RC 2903/2008)

En este sentido, y respecto de la concurrencia del requisito previsto en el apartado a) del artículo 32.1 de tanta cita, lo cierto es que el alegato casacional se limita a afirmar que en contra de lo apreciado por la sentencia de instancia, la asociación ha centrado su línea de actuación en apoyar a sus socios y clientes, incidiendo en su carácter cerrado, de cuya actividad sólo excepcionalmente pueden aprovecharse terceros no asociados.

No obstante, el alegato carece de fundamento. A efectos de determinar la actividad de la asociación de referencia, ha de atenderse tanto a los fines teóricos previstos en los estatutos, como a la actividad efectivamente desarrollada que se infiere de la documentación obrante en el expediente administrativo, que

contiene la memoria de actividades, información sobre las actividades realizadas entre 2001 y 2006, informes anuales y cuentas presentadas.

III.2.4. Procedimiento para la revocación de la declaración de utilidad pública: la ausencia del informe de la Comunidad Autónoma no es determinante de la nulidad de la decisión revocatoria de la declaración de utilidad pública. STS de 18 de mayo de 2011 (RC 3107/2007)

[C]onsideramos que la omisión del informe de la Comunidad Autónoma sobre la procedencia de la revocación no genera de modo necesario un vicio de nulidad radical o absoluta de la resolución final que acuerda la revocación de la declaración de utilidad pública. Es cierto que la emisión del informe autonómico es un trámite que se encuentra reglamentariamente previsto y que resulta oportuno para garantizar en lo máximo el acierto de la decisión. No obstante, precisamente, en el citado artículo 7.3 del reglamento aplicado, Real Decreto 1740/2003 de 19 de diciembre, se indica que el aludido informe no reviste el carácter de vinculante y, por otra parte, se prevé que en caso de no expedirse el informe en plazo de 15 días, podrán proseguir las actuaciones hasta dictarse la decisión correspondiente sobre la revocación o no de la declaración de utilidad pública.

III.2.5. Obligaciones de la asociación: obligación de presentar las cuentas del ejercicio económico. STS de 10 de mayo de 2011 (RC 1216/2007)

[D]ijimos en aquella ocasión [STS, Sección 5ª, de 2 de septiembre de 2010, RC 4506/06] que "no compartimos nosotros dicha tesis porque el artículo 35.2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, anuda directa e indefectiblemente la revocación de la declaración de utilidad pública al incumplimiento del deber de rendir cuentas anuales del ejercicio anterior en el plazo de seis meses siguientes a su finalización (artículo 34.1), sin contemplar en absoluto la situación de solvencia o insolvencia de la asociación ni su viabilidad económica, ya que constituye un requisito formal para disfrutar de ciertas ventajas financieras, cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de éstas, lo que se enmarca dentro de una administración transparente de los fondos y caudales públicos."

- IV. Comercio
 - IV.1. Actividad de cambio de moneda extranjera en establecimiento abierto al público
 - IV.1.1. Revocación de autorización
 - IV.2. Calendario de apertura comercial en domingos y festivos
 - IV.3. Casinos
 - IV.3.1. Modificación del emplazamiento de casino
 - IV.3.2. Propinas
 - IV.4. Libre circulación de mercancías y condiciones de seguridad industrial
 - IV.5. Licencias comerciales específicas
 - IV.5.1. Legitimación en el procedimiento administrativo y legitimación procesa
 - IV.5.2. Procedimiento de concesión de licencia comercial específica. Aplicación en el tiempo de la normativa autonómica
 - IV.6. Rebajas
 - IV.6.1. Competencias autonómicas en la materia
 - IV.6.2. Procedencia del establecimiento de diferentes periodos de rebajas para diferentes tipos de establecimientos comerciales
 - IV.7. Representantes aduaneros
 - IV.7.1. Improcedencia del requisito de ser persona física para ejercer la actividad de representante aduanero
 - IV.7.2. Inexistencia de actividad de naturaleza tributaria en sentido estricto
 - IV.7.3. Carácter de profesión regulada
 - IV.7.4. Liberalización del sector

IV. Comercio

IV.1. Actividad de cambio de moneda extranjera en establecimiento abierto al público

IV.1.1. Revocación de autorización

“(…) no puede considerarse producto de un suceso de fuerza mayor la interrupción, durante más de doce meses, de la actividad de la sociedad autorizada al cambio de moneda cuando dicha interrupción se debió precisamente a unas decisiones judiciales adoptadas en el seno de un procedimiento penal como el ya referido. En el procedimiento penal constaban indicios bastantes para deducir que el administrador único de la sociedad estaba implicado en un caso de blanqueo de capitales mediante la utilización, entre otros medios, de la sociedad autorizada para el tráfico de moneda extranjera. Dichos indicios han quedado, a posteriori, corroborados por la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2010 que taxativamente reconoce que la empresa "Cambios y Transferencias Alfa y Omega, S.A." realizaba sus operaciones de cambio de moneda y transferencias con el exterior como medio para facilitar la actividad de blanqueo de capitales. Siendo ello así, y sin necesidad de mayores consideraciones, es claro que la implicación del señor Languasco en las

actividades delictivas no fue "a título individual sin el uso de sus empresas" (como se afirma en el motivo) sino precisamente mediante éstas, lo que excluye por sí sólo que el cierre o la interrupción de la actividad de una de ellas, acordada judicialmente o derivada de actuaciones judiciales, constituyera un suceso de fuerza mayor extraño o ajeno al ámbito de actuación empresarial. La interrupción derivó, en efecto, de unas determinadas resoluciones judiciales que tuvieron tal efecto pero éstas a su vez respondían a, y traían causa de, una conducta ilícita que no era ajena a la empresa autorizada, sino todo lo contrario. Si, conforme a la doctrina de la doctrina jurisprudencial cuya infracción se censura, la fuerza mayor requiere que exista un suceso ocasionado en circunstancias anormales externas o ajenas al operador, repetimos que en el presente supuesto la interrupción de la actividad no se debió a causas externas sino a la propia conducta de la sociedad autorizada al cambio de monedas, en tanto que instrumento societario utilizado por su administrador único para actividades delictivas de blanqueo de capitales. En definitiva, ni se acreditó ante el tribunal de instancia que existiera una causa de fuerza mayor ni, a la vista de los acontecimientos, podía en modo alguno haberse acreditado pues las causas determinantes de la interrupción de la actividad de la sociedad recurrente no fueron extrañas, antes al contrario, al ámbito de actuación de ésta" (STS de 8 de noviembre de 2011 –RC 102/2009-).

IV.2. Calendario de apertura comercial en domingos y festivos

“(…) si la norma básica estatal confía a las Comunidades Autónomas la evaluación de las "necesidades comerciales" en función de las cuales pueden incrementar o reducir el número mínimo de doce domingos y festivos de apertura, debe entenderse que la fijación final de una determinada cifra (en este caso, ocho días) a la que se llega tras un proceso de consulta entre todos los afectados responde precisamente a aquel criterio” (STS de 22 de marzo de 2011 –RC 3925/2008-).

“(…) en aquella ocasión se consideraba que existía motivación precisamente porque la decisión se adoptaba tras un proceso de consulta, al igual que ocurre en esta ocasión, en el que consta acreditado que la cuestión fue debatida en el Consejo Asesor en sesión en la que estaban presentes todos los sectores afectados. Y es ese proceso de consulta y la decisión subsiguiente acorde con la propuesta mayoritaria lo que sin duda debe considerarse como motivación suficiente de la decisión administrativa, motivación conocida además por las partes y que evita toda indefensión. Afirma la Sala que en aquel caso la decisión fue fruto del consenso, lo que no habría sucedido en el presente supuesto. Sin embargo, la motivación subyacente a un proceso de consulta que antecede y explica la decisión adoptada no requiere de forma inexcusable que haya conducido a un acuerdo unánime, sino que la misma justificación también existe y es conocida por los interesados aunque la decisión no sea compartida por parte de los sujetos intervinientes en el proceso de consulta. Tanto más, cuanto que en el presente supuesto se opta por una de las dos propuestas que se debatieron en el órgano consultivo, de lo que es preciso deducir que las razones que justifican la decisión que la Administración adoptó en ejercicio de su facultad decisoria discrecional son las que apoyaban la propuesta formulada por dicho órgano asesor. Justifica también la Sala de instancia su apartamiento del citado precedente que en aquel caso se tenía por notorio el atractivo comercial de las fechas designada, lo que no podría decirse en cambio de las dos fechas controvertidas en el presente asunto. Tal diferencia no es relevante, por cuanto las fechas acordadas por la Administración cuentan con circunstancias de suficiente peso,

como es la de estar al final de sendos períodos de rebajas -circunstancia explicitada en autos y reconocidas por la propia Sala juzgadora- como para considerar que la decisión sobre su atractivo comercial es razonable y no arbitraria. En suma, el proceso de consulta que llevó a la decisión administrativa discrecional impide considerar que ésta pueda calificarse de inmotivada o irrazonable, lo que debe conducir a estimar el presente motivo” (STS de 26 de julio de 2011 –RC 262/2009-).

“(…) corresponde a cada Comunidad Autónoma, en su respectivo ámbito territorial, la determinación de los domingos o días festivos en los que podrán permanecer abiertos al público los comercios, luego dispone que, a tal fin, «las Comunidades Autónomas deberán atender de forma prioritaria al atractivo comercial de dichos días para los consumidores». En el caso de autos, de la lectura del Acuerdo del Consejo de Gobierno de Baleares, de 29 diciembre de 2006, se deduce que fue adoptado previa audiencia del Consejo Asesor de Comercio, en el que están representados todos los intereses concurrentes en relación con los horarios comerciales, como lo son el pequeño y mediano comercio, consumidores y usuarios, administraciones territoriales y también las grandes empresas de distribución. En el acta de la sesión de 15 de diciembre de 2006 del Consejo consta la asistencia de, además de los representantes de la Administración, los de la Federación de Empresarios de Comercio de Baleares (AFEDECO), la Asociación Empresarial de Pequeño y Medio Comercio de Mallorca (PIME-COMERÇ), la Pequeña y Mediana Empresa de Ibiza y Formentera (PIMEEF), de las organizaciones empresariales de grandes empresas de distribución (ANGED), de las asociaciones de consumidores más representativas y de los sindicatos UGT, CCOO y USO. Asimismo fueron presentadas propuestas por escrito de los miembros ausentes: NUREDDUNA (consumidores) y ASCOME (al parecer, representantes de los pequeños comerciantes de Menorca). En el mismo acta, y en el punto del orden del día relativo a los días de apertura en domingos y festivos para el año 2007, se pone de manifiesto que la propuesta presentada por la Administración se había elaborado a la vista de las sugerencias presentadas por los diversos sectores afectados, a cuyo efecto se había fijado el 11 de diciembre como fecha final para su presentación. En el acta aparece recogido de forma explícita el deseo del Vicepresidente de asumir la opinión del sector en su conjunto, por lo que procedió a seleccionar los días en que hubiese mayor coincidencia por parte de los intereses representados en el seno del mencionado Consejo Asesor de Comercio. En definitiva, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 diciembre de 2006 recogió la propuesta mayoritaria, de la que únicamente figura la oposición de la demandante en la instancia, y aquí recurrida, la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (la citada ANGED). Con estos antecedentes, el recurso debe ser resuelto acogiéndonos al criterio que ya expusimos en nuestra Sentencia de 15 de octubre de 2008 (RC 649/2006), citada y ampliamente transcrita por el Letrado recurrente, así como reiterada en nuestras posteriores Sentencias de 28 de mayo de 2009 (RC 5495/2006), 30 de junio de 2009 (RC 608/2007), 22 de marzo de 2011 (RC 3925/2008) y 26 de julio de 2011 (RC 262/2009). En dicha Sentencia tuvimos ocasión de pronunciarnos acerca de un acto administrativo con igual objeto, procedente de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el cual había sido recurrido por ANGED y anulado en la instancia. En tal caso, la Administración regional había instituido una «mesa de horarios comerciales» en la que participaron representantes de los pequeños comerciantes, de los empresarios, de las medianas y grandes superficies, de las centrales sindicales y de determinadas asociaciones de consumidores. En casación estimamos el recurso interpuesto por la Administración autora del acto y confirmamos su legalidad, declarando que «si la norma básica estatal confía a las Comunidades Autónomas la

evaluación de las "necesidades comerciales" en función de las cuales pueden incrementar o reducir el número mínimo de doce domingos y festivos de apertura, debe entenderse que la fijación final de una determinada cifra (en este caso, ocho días) a la que se llega tras un proceso de consulta entre todos los afectados responde precisamente a aquel criterio». En relación con la decisión adoptada conforme al parecer de la mesa de horarios comerciales, dijimos: «La solución alcanzada obviamente no sería satisfactoria para todas las partes como lo prueba el recurso de la ahora demandante [...] Pero no se puede negar que obedece al criterio de estimar como cifra más idónea para las necesidades comerciales de la región el número de festivos finalmente acordado, frente a los doce fijados como módulo (modificable) en la legislación estatal».

Y proseguimos en estos términos: « Afirma el tribunal de instancia que el proceso de consultas entre todos los interesados no equivale a la prueba de que se hayan acreditado las "necesidades comerciales del territorio". A estos efectos, asumiendo el planteamiento de la demanda, requiere como "justificación" exigible a la Orden estudios previos que analizaran y expusieran "las características y modelo comercial, las circunstancias sectoriales, económicas, sociales y del mercado de la distribución comercial en La Rioja." Y echa en falta la intervención del Consejo Riojano de Consumo creado por el Decreto 48/1996. Sin negar la conveniencia de tales estudios, su omisión no debe determinar la rigurosa consecuencia de nulidad de la Orden por motivos formales. Cuando la apreciación de las necesidades comerciales de la Comunidad Autónoma se ha llevado a cabo en el seno de un proceso de participación e intento de consenso entre todos los sectores afectados, que son quienes mejor conocen aquéllas [...], la disconformidad de una asociación de comerciantes con la Orden en que se precisan los días que corresponden a las citadas necesidades requiere que sea precisamente el demandante quien pruebe en el proceso la inadecuación de lo finalmente acordado a las que, en su opinión, sean las necesidades comerciales de la Comunidad Autónoma distintas de las apreciadas por ésta. La adición de estudios o informes de uno u otro signo puede, sin duda, contribuir a la toma de postura y a la formación del acuerdo pero no es una exigencia ineludible cuya falta determine la nulidad del resultado final» Es cierto, como destaca la parte recurrida, que el planteamiento del presente recurso y del resuelto por nuestra Sentencia de 15 de octubre de 2008 no son idénticos. Es más, en la determinación de los concretos días de apertura del comercio en La Rioja, esta Sala advirtió que los domingos y festivos de apertura seleccionados correspondían a fechas de innegable, por notorio, atractivo comercial, al coincidir con Navidad y Semana Santa, rebajas y comienzo del curso escolar, situación que no es totalmente coincidente en este caso, pero podría guardar ciertas similitudes por su vinculación con épocas de rebajas, inicio del curso y otras circunstancias parecidas. No obstante, la idea que late en nuestra anterior resolución es extensible a la actual. Si el parecer de las asociaciones de comerciantes y consumidores, coincidente en este aspecto, unido al de los sindicatos, es acorde casi unánimemente en la fijación de los días de «atractivo comercial para los consumidores», no parece imprescindible adicionar este criterio con otros estudios, informes, encuestas o análisis, puesto que proviene de quienes mejor han de conocer y valorar las tendencias o preferencias de consumo en el seno de la Comunidad Autónoma y, en lo que se refiere a los comerciantes, por ser quienes, en principio, mayor interés tienen en elegir tales fechas precisamente por ser decisivas en las ganancias que puede reportarles. La cualidad y conformidad de los intervinientes en el Consejo Asesor de Comercio, con la única excepción de ANGED, permite presumir que, efectivamente, los días fijados por el Consejo de Gobierno de Baleares para la apertura se acomodan a los de mayor atractivo comercial. Nada hubiera impedido, al igual que sucedió en el recurso contra el acto de

La Rioja, que la asociación disconforme con el parecer mayoritario hubiera acreditado lo contrario por cualquier medio de prueba” (STS de 20 de abril de 2012 –RC 6416/2009-).

IV.3. Casinos

IV.3.1. Modificación del emplazamiento de casino

“(…) se objeta la inaplicación del artículo 19.1c) del Reglamento de Casinos puesto que, frente a la previsión que se hace en dicho precepto de modificación del emplazamiento de un casino por un procedimiento simplificado con información pública, se exige la convocatoria de un concurso. Como se explica en la Sentencia de instancia, la disposición adicional segunda de la Ley del Juego de Galicia (Ley 14/1985, de 23 de octubre) contempla la aplicación de las disposiciones reglamentarias del Estado en tanto no se dicte el correspondiente reglamento autonómico. Sin embargo, la Sala de instancia entiende que la opción del legislador autonómico de respetar en la disposición transitoria primera de la citada Ley la autorización de los casinos existentes -únicamente había entonces el de La Toja-, a pesar de que el casino de La Toja no se ajustaba a las exigencias de la propia Ley, lleva a considerar dicha autorización un supuesto excepcional al que no procede aplicarle el procedimiento ordinario de modificación de emplazamiento -que sería el regulado en el precepto reglamentario invocado por la sociedad recurrente- sino un concurso competitivo para la autorización de un nuevo casino en el emplazamiento solicitado en el término municipal de Vigo. Pues bien, semejante conclusión, que excluye la aplicación al caso del artículo 19.1.c) del Reglamento de Casinos, deriva de una interpretación de la citada Ley autonómica que no nos corresponde revisar en casación, al corresponder en exclusiva al Tribunal Superior de Justicia de Galicia la interpretación del derecho autonómico y estar dicha interpretación excluida de la revisión casacional, según se estipula en el artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción. Debe insistirse, a los efectos del motivo de casación formulado por la entidad recurrente, que la inaplicación del precepto estatal se deriva de una interpretación de la Ley gallega, no del propio contenido del referido precepto y que es esta razón la causa de que no proceda que esta Sala revise dicha interpretación. En definitiva, la Sentencia no llega a aplicar ni interpretar el citado precepto reglamentario por razones que derivan de la Ley gallega, no del propio Reglamento estatal” (STS de 14 de febrero de 2012 –RC 6038/2008-).

IV.3.2. Propinas

“Se equivoca la parte recurrente al sostener que existe una divergencia frontal sobre la naturaleza de las propinas entre las Salas Tercera y Cuarta de este Tribunal. En efecto, tal como pone de relieve la propia Sentencia recurrida, en ambos casos se admite la naturaleza de ingreso empresarial de las propinas, bien de la totalidad (Sentencia de 6 de septiembre de 2.001 -RC 5.345/1.995, Sala Tercera-, fundamento de derecho cuarto), bien de la parte del tronco de propinas que se destina al abono de salarios de personal y a las cotizaciones de la seguridad social y otros destinos (Sentencia de 23 de mayo de 1.991 -recurso de casación para la unificación de doctrina 1.121/1.990, Sala Cuarta-, fundamento de derecho cuarto). Y, en ambos casos se admite la legalidad de la

regulación administrativa en cuanto a la distribución y destino de las propinas y que la totalidad o parte de las mismas se destine a remuneración salarial u otros destinos como la seguridad social, atenciones y servicios sociales al personal o a los clientes (ibidem). Así pues, no es pues doctrina de la Sala Cuarta de este Tribunal que las propinas de los casinos sean una donación y que, por tanto, la regulación administrativa del destino de las propinas sea contraria a los preceptos del Código civil que regulan las donaciones, a los del Estatuto de los Trabajadores referidos a las cargas que corresponden a los trabajadores, o a los de del Real Decreto Legislativo que regulan el régimen de la Seguridad social. Antes al contrario, lo que se sostiene en la referida Sentencia de 23 de mayo de 1.991 es que sólo la parte de las propinas que la regulación administrativa atribuye a los trabajadores tendría la consideración de propina stricto sensu, como un ingreso que se produce por la liberalidad de un tercero, y con carácter de donación, como sucede en general con las propinas en otros sectores laborales; pero también se sostiene en la referida Sentencia que la parte que se destina a otras finalidades (salarios, seguridad social, atenciones y servicios sociales) ha de tener en cambio la consideración de ingreso empresarial (fundamento de derecho cuarto). En definitiva, es la propia regulación administrativa la que determina el carácter que ostentan las propinas según el destino a que se dedica todo o parte de ellas. Así pues, de conformidad con la jurisprudencia que se ha mencionado, debemos rechazar que el precepto impugnado contraría la naturaleza jurídica de las propinas sentada por la jurisprudencia de este Tribunal. En el sector de los casinos, por el contrario fuertemente regulados y diferentes a este respecto de otros sectores económicos en los que los trabajadores reciben propinas, éstos son susceptibles de una regulación administrativa que determina el tratamiento jurídico que se ha de otorgar a las mismas según el destino que se les da.

(...) el sector de los casinos está fuertemente regulado frente a tales otros sectores, como por ejemplo, el de la hostelería. Y dentro de dicha regulación se encuentra precisamente la de las propinas, regulación que se debe a la distinta consideración que reciben las mismas en los casinos, que no remuneran el buen servicio prestado por los trabajadores del casino, sino la suerte que el azar ha proporcionado al jugador, lo que deriva en que la propina se considere, en todo o en parte, como ingresos del propio casino. Tales diferencias, que han sido reiteradamente destacadas por la jurisprudencia de este Tribunal, como ya se ha expuesto, excluye que la específica regulación que reciben en este sector las propinas por el artículo que se impugna suponga para los trabajadores de los casinos un trato discriminatorio contrario al artículo 14 de la Constitución.

La distinta consideración que reciben las propinas en la jurisprudencia de este Tribunal, reputándolas en todo o en parte como ingresos del casino y no como una liberalidad de los clientes a los empleados de la empresa, justifica su regulación administrativa y que ésta prevea un determinado reparto de las mismas. Partiendo de dicha consideración jurídica, en nada se interfiere con las relaciones laborales y la negociación colectiva que la determinación y distribución de las cantidades que se destinan a una u otra finalidad se defiera al convenio colectivo. Debe pues rechazarse esta alegación. Tampoco puede prosperar la invocación de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución. La libertad de empresa, según reiterada jurisprudencia constitucional y de esta Sala, no impide la regulación del ejercicio de una actividad empresarial, siempre que responda a una finalidad legítima y no obstaculice de forma desproporcionada e irrazonable dicho ejercicio mismo. En el caso de autos la regulación administrativa del destino de las propinas no puede reputarse como una restricción excesiva o irrazonable

de la actividad empresarial de los casinos, sino que responde a su peculiar naturaleza de ingresos empresariales derivados de la liberalidad de los clientes, y no propiamente de la actividad empresarial. En ese sentido, aunque la regulación del destino de las propinas no pueda considerarse una exigencia legal, tampoco puede calificarse de indebidamente restrictiva de la libertad de empresa, tanto menos cuanto que el artículo que se impugna defiere el reparto del fondo de propinas a lo que se acuerde en el convenio colectivo y destina los fondos que no van a los empleados como liberalidad de los clientes, a un gasto empresarial necesario como lo es la remuneración de los propios empleados y a otros gastos sociales, como lo son las atenciones sociales a clientes y empleados” (STS de 24 de enero de 2012 –RC 5618/2008-).

IV.4. Libre circulación de mercancías y condiciones de seguridad industrial

El TS estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los párrafos 7 y 8 del art. 81 y el Anejo 19 de la Instrucción de Hormigón Estructural (EHE-08), aprobada por RD 1247/08 del 18-07-2008, que declara nulos. La Sala consideró necesario dilucidar el verdadero alcance de lo establecido en los artículos 28 y 34 TCE para resolver el pleito, lo cual provocó el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE. La cuestión suscitada fue la siguiente: «¿Puede entenderse que la exhaustiva regulación contenida en el Anejo 19 del Real Decreto 1247/08, de 18 de julio, en relación con el artículo 81 para la obtención del reconocimiento oficial de los distintivos de calidad resulta excesiva, desproporcionada a la finalidad perseguida e implica una limitación injustificada que dificulta el reconocimiento de la equivalencia de los certificados y un obstáculo o restricción a la comercialización de los productos importados contraria a los artículos 28 y 30 CE?». La Sentencia del TJUE resolviendo la cuestión fue dictada el 1 de marzo de 2012, en el asunto identificado como C-484/10, y es posteriormente conocida por las partes, que han alegado sobre su alcance. Baste destacar que el Tribunal de Justicia considera que la imposición a los Estados miembros del conjunto de exigencias del anejo 19 de la EHE-08 exceden de los requisitos mínimos fijados para los organismos de certificación de calidad por el anexo IV de la Directiva 89/106/CEE (apartado 49 de la Sentencia). Esto puede provocar un rechazo de las peticiones de reconocimiento de tales certificados y, en consecuencia, restringir el acceso al mercado español para armaduras cuando el organismo certificador de otro Estado miembro no cumpla los requisitos del anejo impugnado (apartado 55). Por tanto, la medida debe considerarse equivalente a «una restricción cuantitativa a la importación en el sentido del artículo 34 TFUE» (apartado 57). La justificación de las limitaciones a la libertad de circulación admitidas por el artículo 36 TFUE es asimismo examinada por el Tribunal. Este ofrece una doble solución, partiendo de si los distintivos de calidad oficialmente reconocidos permiten demostrar que el producto «ofrece un nivel de garantía superior o muy superior al exigido con carácter general» (apartado 62), o, por el contrario, «una presunción de conformidad con los requisitos mínimos» (apartado 65). En el primer caso, no estaría justificado el obstáculo a la libre circulación de mercancías, pues los distintivos excederían «de lo que es necesario para acreditar la conformidad del acero para armaduras con los requisitos mínimos que garantizan la protección de la vida y de la salud de las personas» (apartado 64). En el segundo, correspondería al órgano jurisdiccional nacional determinar qué exigencias concretas del anejo 19 de la EHE-08 van más allá de lo necesario para la consecución de tales objetivos, y compete al Tribunal remitente determinar si los distintivos sobrepasan o no los requisitos de garantía mínimos precisos para asegurar tales intereses superiores (apartado 71). El fallo

de la Sentencia, transcrito en los antecedentes de la actual, declara, por tanto, que «Los artículos 34 TFUE y 36 TFUE deben interpretarse en el sentido de que constituyen un obstáculo a la libre circulación de mercancías las exigencias impuestas en el artículo 81 de la EHE-08 [...], puesto en relación con el anejo nº 19 de dicha Instrucción». Pero, dado que «el objetivo de protección de la salud y de la vida de las personas puede justificar tal obstáculo en la medida en que las exigencias impuestas no sobrepasen los requisitos mínimos establecidos para la utilización en España del acero para armar hormigón [...], en el supuesto de que la entidad que expide el certificado de calidad que debe ser objeto de reconocimiento oficial en España ostente la condición de organismo autorizado en el sentido de la Directiva 89/106/CEE [...], corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar cuáles de esas exigencias van más allá de lo necesario para la consecución del objetivo de protección de la salud y de la vida de las personas». (...) Los criterios de la Sentencia responden al problema generado por la imposición de normas técnicas por los países importadores que impiden o dificultan la circulación de productos de otros Estados miembros, y que ha dado lugar al Reglamento (CE) 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro. La norma general consiste en que «pese a la existencia de una norma técnica nacional en el Estado miembro de destino, los productos legalmente fabricados y/o comercializados en otro Estado miembro gozan de un derecho fundamental a la libre circulación garantizado por el TFUE» (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, COM 2012 292 final, en el Primer informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 764/2008). La interpretación y aplicación del Derecho de la Unión favorable al ejercicio del mencionado derecho ha sido destacado de forma reciente, precisamente para los productos de construcción, por la Sentencia del TJUE de de 12 de julio de 2012, asunto C-171/11, en cuyo apartado 22 declara que «la ausencia de especificaciones técnicas armonizadas o reconocidas a escala de la Unión respecto a productos de construcción concretos no confiere a los Estados miembros un margen de apreciación ilimitado para introducir normas técnicas nacionales respecto a la comercialización de esos productos». (...) No hay duda de que el sistema de distintivos de calidad que establece la EHE-08 impone a los productos unas condiciones de garantía superiores a las mínimas necesarias para garantizar el ajuste de aquellos a las propiedades estrictamente físicas que deben cumplir para acreditar la seguridad de las estructuras de hormigón y, por tanto, asegurar la vida y la seguridad de las personas. Con la garantía mínima exigible, estos intereses prevalentes resultarían suficientemente tutelados, por lo que la demanda de una garantía «superior y adicional» (utilizando las expresiones que reitera la propia EHE-08) es injustificada y desproporcionada, implicando, en los términos en que se pronuncia el TJUE, la restricción cuantitativa a la libre circulación de mercancías por dificultar la eficacia de las certificaciones de calidad emitidas por otros Estados. (...) Por otro lado, es innegable que la posesión del distintivo de calidad, que requiere asumir todas las condiciones del anejo 19 de la EHE-08, supone un encarecimiento del producto. Ciertamente no hay prueba comparativa del uso de una u otra modalidad de control en el cómputo definitivo del coste de las obras, pero existe una diferencia decisiva en cuanto al reparto directo de los gastos: los correspondientes a los ensayos los ha de soportar el constructor y el de obtención del distintivo de calidad, el fabricante. La necesidad de acometer nuevos gastos durante el proceso constructivo puede disuadir de la compra de materiales carentes de certificación y, por tanto, obstaculizar la exportación a España del acero sin distintivo de calidad. Por otra parte, el carácter voluntario de los distintivos de calidad no es relevante en cuanto

representa una indudable ventaja para la comercialización de los productos con el consiguiente obstáculo para los que no lo poseen. Esta regulación no forma parte de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración, esto es, la elección entre diversas opciones técnicas igualmente aceptables. Aunque las disposiciones que atañen al nivel de garantía de los productos pueden reputarse como normas técnicas en sentido amplio, el sistema de distintivos de calidad diseñado en la EHE-08 no escapa del control jurisdiccional en cuanto sus previsiones inciden de forma relevante en el ejercicio de los derechos reconocidos en los Tratados constitutivos de la Unión (STS de 27 de septiembre de 2012 –RCA 53/2008-).

IV.5. Licencias comerciales específicas

IV.5.1. Legitimación en el procedimiento administrativo y legitimación procesal

“(…) esta Sala ha confirmado la legitimación apreciada en una asociación de comerciantes para impugnar una licencia semejante a la actual, y que había sido reconocida en la instancia porque los titulares de establecimientos tienen interés en que no se abran más centros comerciales (STS de 22 de enero de 2009, RC 8914/2004). La STS de 16 de julio de 2008, RC 5440/2004, en un supuesto de acción pública también aprecia interés legítimo «en evitar un competidor que no cumple lo dispuesto en el ordenamiento urbanístico». La Sala de instancia, en cuanto hace depender la cualidad de legitimado en el proceso de la de interesado en vía administrativa, omite considerar la reiterada jurisprudencia que diferencia ambos conceptos y proclama que el interés en el procedimiento administrativo no es igual al interés que sirve de base a la legitimación procesal. La STS de 4 febrero 2002 (RC 7545/1996), declara: «El concepto de interesado que deriva del artículo 31 de la LRJ y PAC es directamente aplicable al procedimiento administrativo, pero no coincide necesariamente con la titularidad del interés que legitima para ser demandante en el recurso contencioso-administrativo. O, dicho en otros términos, el interesado en el expediente administrativo está legitimado para interponer recurso contencioso-administrativo frente al acto dictado en aquél, pero a quien no es interesado en el expediente puede serle reconocido interés suficiente para deducir la correspondiente pretensión procesal». Criterio este que se recoge en las SSTS de 13 de marzo de 1998 (RCA 288/1994), 10 de marzo de 1999 (RA 8114/1992), 21 de marzo de 2006 (RC 7494/2000), 27 de septiembre de 2006 (RC 1943/2000), 20 de julio de 2009 (RC 1078/2005) y las citadas en ellas. Por tanto, sea cual sea la intervención de la aquí recurrente en el expediente de licencia promovido por «Realia Business», la legitimación debe buscarse en la concurrencia de las condiciones previstas en el artículo 19.1 de la Ley de la Jurisdicción, así como en la copiosa jurisprudencia que lo interpreta, de ociosa cita en cuanto es reproducida generosamente en los escritos alegatorios (jurisprudencia contenida recientemente en la STS de 4 de octubre de 2011, RC 605/2009). Y al hallarnos ante intereses interdependientes no puede dudarse del interés particular que, más allá del mero interés en defensa de la legalidad, asiste a «D&G, Diseño y Artes Gráficas» en obtener la ineficacia de la licencia concedida a su oponente, pues de ello derivaría sin duda un beneficio inmediato al eliminar uno de los obstáculos a su proyecto de instalación de un centro comercial, a lo que no obsta que ese beneficio, dado el tiempo transcurrido, haya de adoptar posiblemente medios sustitutivos” (STS de 15 de noviembre de 2001 –RC 2080/2009-).

IV.5.2. Procedimiento de concesión de licencia comercial específica. Aplicación en el tiempo de la normativa autonómica

“(…) no cabe sostener que el contenido de la disposición transitoria primera del Decreto del Gobierno de Canarias 232/2005, de 27 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de concesión de la licencia comercial específica y se establecen los Criterios Generales de Equipamiento Comercial de Canarias, que estipula que «los procedimientos de solicitudes de licencias comerciales que se encuentren en trámite a la entrada en vigor del presente Decreto se registrarán por los criterios y niveles de saturación previstos en el presente Decreto y conforme al procedimiento establecido en las normas vigentes en el momento de la solicitud de la licencia comercial específica», sea contrario al artículo 9.3 de la Constitución, por imponer una alteración sorpresiva e injustificada del régimen jurídico de concesión de licencias comerciales, en desarrollo de la Ley del Parlamento de Canarias 10/2003, de 3 de abril, reguladora de la Licencia Comercial Específica, y vulnere el principio de seguridad jurídica. Siguiendo los criterios expuestos en la sentencia constitucional 273/2000, de 15 de noviembre, y excluido el carácter sancionador de la norma reglamentaria examinada, no cabe entender que la previsión de un régimen transitorio que pretende la salvaguarda de intereses públicos, vinculados a la ordenación de la actividad comercial con la finalidad razonable de conseguir un nivel de equipamientos comerciales adecuados a las necesidades de la población de la Comunidad Autónoma de Canarias, infrinja la prohibición de irretroactividad de las normas limitativas de derechos individuales, o afecte lesivamente a otros principios constitucionales. En último término, consignamos que la invocación que realiza la sentencia recurrida a los principios generales de buena fe, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad para justificar la anulación de la disposición transitoria primera del Decreto del Gobierno de Canarias 232/2005, de 27 de diciembre, no es congruente con la prescripción contenida en el artículo 2.3 del Código Civil, que establece «que las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario». Atendiendo al grado de retroactividad de la norma cuestionada, sostenemos que la disposición reglamentaria enjuiciada no infringe el artículo 2.3 del Código Civil, que regula la eficacia temporal de las normas, en cuanto que no consagra una pretendida irretroactividad de toda clase de normas, al deber ponderar, en cada caso concreto, los intereses públicos jurídicamente tutelados, y el modo en que se afecta a los invocados principios, al no poder otorgar al principio de seguridad jurídica un valor absoluto que daría lugar a la petrificación o congelación del ordenamiento jurídico existente. Por ello, en razón de las circunstancias concretas que concurren en el presente proceso, la tesis argumental que sustenta el fallo recurrido, de que cabe otorgar protección a quienes habían presentado las solicitudes de licencia con anterioridad al momento de entrada en vigor del Decreto del Gobierno de Canarias 232/2005, no pudiendo aplicarse los criterios y niveles de saturación previstos en la referida norma reglamentaria, contraviene la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 10 de noviembre de 1999 (RC 8089/1995), que considera que el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, sólo resulta aplicable a aquellas disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales en la medida de que se trate de derechos adquiridos consolidados, con base a una legislación anterior, pero no en relación a derechos pendientes, futuros o condicionados ni a meras expectativas” (STS de 14 de diciembre de 2010 –RC 1713/2008-).

IV.6. Rebajas

IV.6.1. Competencias autonómicas en la materia

“Dado que el referido artículo 25.2 de la citada Ley 7/1996 prevé un período de rebajas cuya duración corresponde a la "decisión de cada comerciante dentro de las fechas concretas que fijen las Comunidades Autónomas competentes", y visto que el artículo 36.uno c) del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, reconoce a la Comunidad Autónoma competencias de desarrollo legislativo y de ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado, en materia de comercio interior y defensa del consumidor y usuario, ningún reproche competencial cabe hacer a la Orden impugnada. Recordábamos asimismo en aquella sentencia cómo en el auto del Tribunal Constitucional número 119/2000, de 10 de mayo, se reconocía que la Ley 7/1996 autorizaba a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia de ordenación del comercio interior la posibilidad de especificar temporalmente los periodos en los cuales es posible la venta en rebajas. Nos referíamos igualmente a la sentencia constitucional 264/1993, de 22 de julio, que al resolver el recurso interpuesto contra la Ley de las Cortes de Aragón 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial en Aragón, no acogió ningún reproche de inconstitucionalidad sobre las disposiciones reguladoras de la venta en rebajas. E invocábamos, en fin, nuestra propia sentencia de 22 de enero de 2008 (recurso de casación 10806/2004), en la que reconocíamos cómo la decisión del legislador estatal, de habilitar a las Comunidades Autónomas para que puedan fijar los días de inicio y fin de las temporadas de rebajas, les permite ejercer esa potestad de la forma más conveniente al interés general, atendiendo a las circunstancias particulares de la actividad comercial relevantes en cada territorio” (STS de 5 de julio de 2011 –RC 40/2009-).

“En el Auto del Tribunal Constitucional 119/2000, de 10 de mayo (C.I. 111/2000), se expone el objeto y finalidad de la regulación de las temporadas de rebajas establecida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, al referir que impone límites directos a los comerciantes respecto a la venta en rebajas, en cuanto que determina los periodos estacionales en que se puede realizar esta modalidad de actividad comercial y concreta el máximo y el mínimo de duración temporal, y autoriza a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia de ordenación del comercio interior que «puedan especificar temporalmente los periodos en los cuáles es posible la venta en rebajas», y se advierte que esta disposición estatal permite a las Comunidades Autónomas constreñir el amplio margen de libertad que a cada comerciante reconoce la norma, aunque carezca de contenido competencial -«no traslada competencias estatales a las Comunidades Autónomas»-, puesto que la actuación de la Comunidad Autónoma debe ajustarse al bloque constitucional de distribución de competencias. Por ello, rechazamos que la Sala de instancia haya violado la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en las invocadas sentencias 228/1993, de 9 de julio y 157/2004, de 21 de septiembre, en relación con la determinación de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de regulación jurídico-administrativa que disciplina determinadas modalidades de venta, que se fundamenta en la alegación de que la Orden del Departamento de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno de Aragón de 25 de noviembre de 2003 excede de la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de defensa de la competencia, por «someter a unos determinados comercios a una regulación inflexible, mientras que a otros se les otorga la posibilidad

de determinar el día de inicio de las ventas en rebajas dentro de un marco temporal indefinido» (sic), porque, aún cuando reconocemos que corresponde al Estado la exclusiva titularidad de la competencia legisladora sobre defensa de la competencia, de modo que merecerán el reproche de inconstitucionalidad o ilegalidad aquellas normas emanadas de las Comunidades Autónomas que impongan una regulación imperativa específica de desarrollo temporal de las modalidades especiales de venta que afecten al régimen de competencia entre los comerciantes ofertantes, entendemos que no se produce un desbordamiento competencial cuando la Comunidad Autónoma de Aragón, actuando de conformidad con el bloque constitucional de distribución de competencias, se limita a fijar las fechas concretas de inicio y finalización de las temporadas de rebajas, respecto de aquellos establecimientos comerciales que pertenezcan a grupos de distribución, que, por la potencial realización de ofertas comerciales más ventajosas, tienen un poder de atracción mayor de los consumidores, que pretende fomentar la actividad económica en el sector de la distribución comercial de forma equilibrada, sin contravenir lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, conforme a los principios que informa la Ley de las Cortes de Aragón 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial en Aragón, al dictarse la Orden en ejecución de dicha disposición estatal, que autoriza a las Comunidades Autónomas a fijar el inicio y fin de las temporadas de rebajas de los establecimientos comerciales radicados en su territorio. En la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 264/1993, de 22 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de las Cortes de Aragón 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial en Aragón, no se vierte ningún reproche de inconstitucionalidad sobre las disposiciones reguladoras de la venta en rebajas, y se delimita el ejercicio de la potestad de la Comunidad Autónoma de Aragón en esta materia, al referir que debe ceñirse al ámbito de las relaciones jurídico-públicas, sin afectar las competencias del Estado en materia de defensa de la competencia, o en materia de legislación civil o mercantil, en los siguientes términos: «La legislación sobre defensa de la competencia, como afirmábamos en la STC 71/1982, fundamento jurídico 15, comprende toda aquella «ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado». Ahora bien, «la colusión o el abuso de dominio en el mercado puede crear, ciertamente, restricciones en perjuicio de los consumidores, y desde esta perspectiva, se inserta tal legislación también en el área de la defensa del consumidor, aparte su objetivo de defensa de los empresarios contra prácticas acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia». Los dos aspectos de la ordenación del mercado que son la defensa de la competencia y la protección de los consumidores -añadíamos en la STC 88/1986, fundamento jurídico 4.º- pueden diferenciarse desde una perspectiva general, partiendo del criterio consistente en considerar que el primero de ellos se refiere a la regulación de la situación recíproca de las empresas, productoras o distribuidoras, en el mercado, en el plano horizontal, en cuanto que se quiere que compitan en régimen de igualdad; mientras que el segundo aspecto hace referencia a una situación distinta, en tanto que el consumidor aparece como destinatario de unos productos ofrecidos por las empresas, productos cuyas condiciones de oferta se pretende regular protegiendo, como indica el art. 51.1 CE, «la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores». Esta diferencia general, sin embargo, no obsta a la posibilidad de que en la regulación relativa a la ordenación del mercado existan normas que se ocupen de cuestiones que pueden situarse en ambos campos. De otra parte, la concurrencia de la defensa del

consumidor con el título «defensa de la competencia» se produce en el mismo plano general de la intervención de los poderes públicos en la disciplina del libre mercado. «De ahí también la dificultad adicional de que, con frecuencia, las medidas protectoras de la libre competencia funcionen también como garantías de los consumidores, y el que medidas adoptadas para la protección de éstos no dejen de tener incidencia en el desarrollo de la libre competencia. Por todo ello, en orden a la determinación de la identidad o naturaleza de una intervención de los poderes públicos en la disciplina del libre mercado y su consiguiente adscripción a uno u otro título competencial, resulta particularmente necesario acudir a criterios teleológicos, precisando el objetivo predominante de la norma». ». De acuerdo con lo expuesto, sostenemos que la sentencia recurrida de la Sala de instancia se revela también acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 22 de enero de 2008 (RC 10806/2004), en que, tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional concerniente a la delimitación de las competencias en comercio interior, se advierte que la decisión del legislador estatal, de habilitar a las Comunidades Autónomas para que puedan fijar los días de inicio y fin de las temporadas de rebajas, les permite ejercer esa potestad de la forma más conveniente al interés general, atendiendo las circunstancias particulares de la actividad comercial relevantes en cada territorio: «Dentro de este marco competencial, es lógico que sea el Estado el que regule las ventas en rebajas estableciendo el número de períodos en que las mismas puedan tener lugar, así como la duración de dichos períodos, ya que ello, como señaló el TC en la mencionada sentencia “no tiene otra justificación que la de prevenir una competencia desleal o abusiva, restringiendo el libre ejercicio de la actividad comercial, materia que corresponde a la legislación de defensa de la competencia, de titularidad estatal”, lo que le llevó a declarar la inconstitucionalidad del art. 21 de la Ley Catalana 1/1983, de 28 de Febrero. Ahora bien, establecido por el Estado, como así ha hecho en el Capítulo II, Título II de la Ley 7/1996, el régimen jurídico de las “ventas en rebajas”, cuyo artículo 25, señala las temporadas de rebajas (dos anuales: una iniciada al principio de año, y la otra, en torno al período estival de vacaciones), y su tiempo de duración (mínimo de una semana y máximo de dos meses), nada se opone a que sea la propia Comunidad Autónoma, con base en las competencias que han quedado mencionadas, la que fije dentro de esos períodos y duración, los días que considere más conveniente, atendiendo a las particularidades concretas del territorio, en función de temporadas altas o bajas de turismo, mayor o menor demanda, capacidad económica de los ciudadanos, festividades singulares de la región, o cualquiera otras circunstancias que se consideren relevantes, circunstancias que tienen indudable trascendencia en la defensa de los consumidores, ya que son consideraciones que a ellos benefician, las que llevarán a la autoridad autonómica a fijar las fechas más conveniente” (STS de 29 de septiembre de 2009 –RC 1087/2007-).

IV.6.2. Procedencia del establecimiento de diferentes períodos de rebajas para diferentes tipos de establecimientos comerciales

“Tampoco estimamos en nuestra sentencia de 29 de septiembre de 2009, y no lo haremos en ésta, que la Sala de instancia hubiera infringido el artículo 14 de la Constitución Española por el hecho de mantener la validez de una disposición que regula diferentes períodos de rebajas para diferentes tipos de establecimientos comerciales. Afirmábamos a este respecto que “[...] la distinción que introduce la Orden, consistente en señalar diferentes períodos de rebajas en relación con el tamaño y

pertenencia a un grupo de distribución de los establecimientos comerciales situados en la Comunidad Autónoma de Aragón, no resulta injustificada, irracional ni desproporcionada, puesto que, como razona la Sala de instancia, la distinción entre el pequeño y el gran comercio no supone discriminación, ya que se justifica objetivamente en la finalidad de corregir los desequilibrios entre las grandes y pequeñas empresas comerciales que constituye uno de los principios informadores de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista" (STS de 5 de julio de 2011 –RC 40/2009-).

IV.7. Representantes aduaneros

IV.7.1. Improcedencia del requisito de ser persona física para ejercer la actividad de representante aduanero

“La pretensión de anulación del artículo 4 del Real Decreto 335/2010, de 19 de marzo, por el que se regula el derecho a efectuar declaraciones en aduana y la figura del representante aduanero, fundamentada al amparo del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debe ser acogida, siguiendo los criterios expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2011 (RCA 278/2010), en que sostuvimos que la decisión gubernamental de exigir el requisito de ser persona física para ejercer la actividad de representante aduanero no estaba justificada adecuadamente, ya que, de conformidad con el artículo 14 del Reglamento (CE) 450/2008, del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2008, por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado), procedía reconocer que las personas jurídicas establecidas en España pueden ser representantes aduaneros tanto si tienen el Estatuto OEA como si carecen de él, pero cumplen las mismas condiciones exigibles, sin diferenciación a toda «persona», con independencia de que sea física o jurídica. (...) no se justifica por qué es posible que en España actúen como representantes aduaneros las personas físicas que superen unas determinadas pruebas de aptitud (pues a esto se reducen, en realidad, además de a la inscripción registral, los requisitos a que se refiere el apartado primero del artículo 4 del Real Decreto 335/2010) y no las personas jurídicas que operan como intermediarios autorizados en el sector de los transportes internacionales. Bastaría, para adquirir o demostrar aquella aptitud, que se exigiesen las correspondientes pruebas a los administradores de las sociedades o a los agentes o empleados de las personas jurídicas que éstas designen para llevar a cabo sus relaciones con la Aduana cuando pretendan ejercer la representación de sus clientes. Que para ello no existe ningún obstáculo lo demuestra precisamente el artículo 14 del Reglamento (CE) 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 por el que se establece el código aduanero comunitario (código aduanero modernizado), cuando condiciona la atribución del estatuto OEA (también, por lo tanto, para los operadores constituidos bajo la forma de persona jurídica) a que sus titulares tengan una trayectoria adecuada de cumplimiento de los requisitos aduaneros y fiscales y dispone que, si quieren beneficiarse de los procedimientos simplificados previstos en la legislación aduanera, deben demostrar "un nivel adecuado de competencia o de cualificaciones profesionales directamente relacionadas con la actividad que ejerza". La aptitud o

cualificación profesional exigible a las personas físicas es, pues, extensible a las jurídicas. Pues bien, si de lo que se trata es, conforme a aquellas leyes, de liberalizar, facilitar y eliminar obstáculos no justificados a la prestación de servicios (en este caso, aduaneros) es más lógico que se amplíen las formas de acceso a la actividad de representante aduanero y no que justamente se haga lo contrario, esto es, se restrinja el acceso hasta ahora abierto a las personas jurídicas que operan en el sector de los transportes internacionales. Cuando la nueva restricción, consistente en la imposición indiscriminada del certificado OEA, se les exige sólo a ellas y no al resto de agentes (personas físicas) habilitados para ejercer las mismas funciones representativas, se viene instaurar en definitiva un "requisito no justificado" para la prestación de los servicios que dichas personas jurídicas suministran en el sector aduanero" (STS de 22 de marzo de 2012 –RCA 285/2010-).

IV.7.2. Inexistencia de actividad de naturaleza tributaria en sentido estricto

“(…) los puntos de conexión entre la actividad de los agentes aduaneros y el ámbito tributario no llevan a la conclusión a la que llega la institución actora de que estamos en un ámbito o subámbito tributario en sentido propio. La Ley 17/2009 tiene por objeto simplificar los controles y requisitos administrativos relativos a una serie de actividades profesionales prestadas a cambio de una prestación económica; el artículo 2.2 excluye de su aplicación a determinados servicios y en el apartado 3 del mismo artículo hace lo propio con el ámbito tributario de forma global. Pues bien, aquí nos encontramos con la prestación de determinados servicios en el sector aduanero, que ni está relacionado en los servicios excluidos en el citado artículo 2.2, ni puede considerarse que sea, pese a su conexión con determinadas actuaciones fiscales, como una actividad de naturaleza tributaria en sentido estricto, por la que habría que entender la actividad fiscal de exacción de tributos propiamente dicha. Se trata más bien, como sostiene el Abogado del Estado, de actividades de servicios que se prestan a empresas y consumidores particulares con el fin de asistirles en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, actividades que no cabe excluir del ámbito de aplicación de la referida Ley 17/2009 por su referencia excluyente al ámbito tributario” (STS de 5 de junio de 2012 –RCA 279/2010-).

IV.7.3. Carácter de profesión regulada

“(…) al margen de las consecuencias de las modificaciones efectuadas en la Ley de Colegios Profesionales por la Ley 25/2009, nada impide al Gobierno a reformar la previa regulación de las diversas profesiones colegiadas. En el caso presente, la profesión de agentes y comisionistas de aduanas se encuentra regulada por normas reglamentarias, que son derogadas por la disposición derogatoria del Real Decreto 335/2010, sin que ello resulte impedido por ninguna norma legal. Por otra parte y al igual que en la alegación anterior, el sentido del preámbulo del Real Decreto es, como parece obvio, señalar que la simplificación y liberalización de la prestación de servicios aduaneros está guiada por los mismos principios de eliminación de trabas administrativas innecesarias que han presidido las dos citadas Leyes 19 y 25/2009. Asimismo, hay que excluir que se haya producido una vulneración de la disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2005, que contempla la aprobación de una ley en la que se determine las profesiones para cuyo ejercicio sea obligatoria la colegiación, dado que

la actividad de representación aduanera no constituye una profesión colegiada por exigencia legal sino, como pone de relieve el Abogado del Estado, una profesión regulada, regulación efectuada mediante disposiciones de rango reglamentario y que es modificada por el Real Decreto que se impugna en el presente procedimiento, lo que no choca con ningún precepto legal” (STS de 5 de junio de 2012 –RCA 279/2010-).

IV.7.4. Liberalización del sector

“La alegación de la entidad recurrente sobre protección de la actividad profesional de representación aduanera constituye, en realidad, un alegato en contra de la liberalización de la tal actividad, pero no ofrece fundamentos de legalidad que puedan sostener la impugnación del Real Decreto contra el que se recurre. Así, la parte actora afirma que con la regulación del Real Decreto 335/2010 "se deja sin contenido la profesión regulada de agentes de aduanas", transformándola en una actividad libre, que ello perjudicaría la defensa del fisco, y otros argumentos que reflejan una posición en defensa de la continuidad de la regulación reglamentaria hasta ahora vigente, pero que no acredita ninguna infracción de legalidad y, menos aún, constitucional. En cuanto al derecho comunitario, ya hemos indicado en el fundamento de derecho anterior que la liberalización no contradice los Códigos aduaneros comunitarios de 1.992 y 2008. La anterior regulación nacional es de rango reglamentario y como tal, modificable por medio de otra norma de ese carácter, como lo es la aprobada. Finalmente, el artículo 40 de la Constitución, también invocado, no implica que toda actividad de prestación de servicios esté reservada a determinados profesionales, por mucho que una actividad pueda ser considerada de interés público, como hace la recurrente en relación con la de representación aduanera. Debe pues rechazarse también esta alegación. Del mismo modo debe rechazarse el siguiente alegato que se formula en el recurso, estrechamente relacionado con la afirmada defensa de la actividad profesional de la representación aduanera, en el que se objeta que se otorgue a los apoderados de los agentes de aduana y a otros sujetos el título de representantes aduaneros, sin exigencia alguna en cuanto a requisitos académicos y formativos. La argumentación está ayuna de cualquier argumento de legalidad, fuera de la invocación ya comentada del artículo 40 de la Constitución o de la referencia por analogía a los oficiales habilitados de los procuradores de los tribunales, que resulta inaplicable al supuesto planteado” (STS de 5 de junio de 2012 –RCA 279/2010-).

- V. Defensa de la competencia
 - V.1. Ámbito subjetivo de aplicación
 - V.2. Conductas prohibidas
 - V.2.1. Restricciones verticales
 - V.2.2. Abuso de posición dominante
 - V.2.3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales
 - V.2.4. Conductas exentas
 - V.3. Órganos competentes para la aplicación del Derecho de la competencia
 - V.4. Procedimiento sancionador
 - V.4.1. Instrucción
 - V.4.2. Archivo
 - V.4.3. Resolución
 - V.4.4. Caducidad
 - V.5. Régimen sancionador
 - V.5.1. Criterios para la determinación del importe de las sanciones
 - V.5.2. Prescripción de las infracciones
 - V.5.3. Prescripción de las sanciones

V. Defensa de la competencia

V.1. Ámbito subjetivo de aplicación

Cuando una empresa presta un servicio en régimen de concesión administrativa no puede afirmarse que compita en el mercado. STS de 6 de marzo de 2012 (RC 803/2009)

“En cuanto a la parte o tramo de la excursión que se hacía por vía férrea, en realidad más que de posición de dominio de "Ferrocarriles de Sóller, S.A." hay que hablar de monopolio atribuido en virtud de una decisión administrativa previa, como corresponde a la concesión de transportes ferroviarios en exclusiva de la que era titular. Aquella empresa, recuerda la Sala de instancia, explota la concesión administrativa del servicio

público, en régimen de gestión indirecta, de la línea ferroviaria Palma-Sóller-Puerto de Sóller, otorgada en 1908 y renovada hasta el año 2055.

"Ferrocarriles de Sóller, S.A." no "compite", pues, con ninguna otra empresa en la prestación del servicio ferroviario, que simplemente no estaba en las fechas de autos abierto a la competencia. El Tribunal de Defensa de la Competencia no desconocía, como es lógico, esta circunstancia pues en su resolución afirma que "la concesión administrativa coloca o instala a un empresario en el mercado, que queda así cerrado a la competencia" y que aquélla "[...] atribuye a la concesionaria del servicio público de explotación de la línea ferroviaria independencia de comportamiento". No existían, en consecuencia, empresas "rivales" de Ferrocarriles de Soller en la prestación de sus servicios.

Cuando un determinado transporte tiene el carácter de servicio público de titularidad de la Administración y se presta en régimen de gestión indirecta, mediante su atribución a una única empresa a la que se otorga la correspondiente concesión administrativa con carácter exclusivo, no puede hablarse de "competencia en ese mercado", puesto que el oferente del servicio es único y su precio viene, en principio, impuesto en la propia concesión o es objeto de autorización ulterior"

Los notarios son agentes económicos que actúan en el mercado en pro de un beneficio, lo que determina su sometimiento a las normas sobre libre competencia, sin que esta afirmación esté desvirtuada por su condición de funcionarios públicos. STS de 2 de junio de 2009 (RC 5763/2006). En este mismo sentido, STS de 26 de abril de 2010 (RC 3359/2007).

“El primer y el segundo motivos de casación, que examinaremos conjuntamente, deben ser rechazados, pues consideramos que la Sala de instancia no ha incurrido en error jurídico en la interpretación aplicativa de los artículos 1 y 2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al apreciar, aceptando los criterios jurídicos que fundamentan la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de junio de 2003, que el mecanismo compensatorio aprobado por Acuerdo de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid de 17 de enero de 2001, es incompatible con las reglas de la libre competencia, en cuanto constituye una conducta prohibida que puede producir el efecto de restringir la competencia, en la medida en que afecta a la remuneración de los colegiados e incide directamente en la determinación del precio de los servicios prestados por los fedatarios públicos

(...) la circunstancia de que el Acuerdo de 17 de enero de 2001 se adopte en el ejercicio de la potestad de ordenación de la actividad profesional de los colegiados, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 2/1974, de 13 de julio, sobre Colegios Profesionales, no excluye que dicho Acuerdo deba someterse al principio de legalidad administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 y 103 de la Constitución, y deba respetar específicamente la legislación de defensa de la competencia.

En este sentido, cabe significar que el artículo 2.4 de la Ley sobre Colegios Profesionales, en la redacción debida a la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales, establece que «los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con transcendencia económica

observarán los límites del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin perjuicio de que los Colegios puedan solicitar la autorización singular prevista en el artículo 3 de dicha Ley», lo que permite deducir la condición de los Colegios profesionales de sujetos activos de los ilícitos competitivos, no obstante su reconocimiento como Corporaciones de Derecho Público, en cuanto sus conductas afecten a la libre prestación de servicios, por lo que no procede determinar, en abstracto, selectivamente un ámbito material de conductas relacionadas con las funciones que ejercen los Colegios profesiones, que, por su naturaleza o su contenido regulatorio, quede excluido o exceptuado a priori de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.

Resulta adecuado recordar que el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de noviembre de 2008 (RC 5837/2005), ha calificado de erróneas las tesis argumentativas que entienden que los Colegios profesionales, en aquellos supuestos en que ejercen funciones públicas, y por ello, actúan con carácter de Administración Pública, quedan eximidos de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, y que el Tribunal de Defensa de la Competencia no tiene competencia para declarar que las conductas son anticompetitivas (...)

Por ello, consideramos que la apreciación de la Sala de instancia, de estimar que el mecanismo compensatorio de honorarios, promovido por la Junta Directiva del Colegio Notarial de Madrid, constituye una conducta anticompetitiva, no es irrazonable, pues entendemos que tiene el efecto de restringir la competencia en el sentido del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en cuanto que, dadas sus características -integra a todos los documentos financieros otorgados por cualquier entidad de crédito pública o privada, sin incluir las escrituras inmobiliarias, y, particularmente, su carácter obligatorio para los colegiados-, produce efectos sobre el mercado de prestación de servicios de fe pública y la libre competencia, pues afecta a los clientes de los despachos notariales, al limitar la posibilidad de que sean beneficiarios del sistema de descuentos previsto en el artículo 35 del Real Decreto-Ley 6/2001, y puede restringir la competencia entre notarios, porque, aunque pudiera justificarse su implantación por razones de base mutualista y de solidaridad entre los miembros del Colegio profesional, puede distorsionar la competencia en precios entre notarios y desincentivar a aquellos notarios profesionalmente más activos cuyas remuneraciones se reducen en razón de las aportaciones de los ingresos obtenidos al fondo, que están obligados a efectuar. (...)

Por ello, cabe rechazar que la Sala de instancia haya eludido en el enjuiciamiento de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de junio de 2003 el análisis del contexto jurídico y económico en el que se desarrolla la función pública notarial, y haya desconsiderado la condición del notario como profesional del Derecho que ejerce su función al servicio del interés general, porque, aceptando como *punctum saliens* que el notario es un funcionario público que realiza su actividad de fedatario, conforme a las Leyes, autorizando los documentos contractuales y demás actos extrajudiciales, con independencia e imparcialidad, que ejerce su función en el marco de una profesión liberal reglada, sometida al control del Estado, y, en consecuencia, que la función notarial tiene naturaleza pública, consideramos que el Tribunal ha tenido en cuenta que la conducta del Colegio Notarial de Madrid, aunque pretenda ampararse en los principios que ordenan el notariado, y, concretamente, en el principio de eficiencia y

en el principio de solidaridad notarial, al que aludimos en la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 (RC 5575/1993), no ha ponderado adecuadamente los efectos restrictivos sobre la competencia y la afectación que el mecanismo compensatorio de honorarios produce en el mercado de referencia de prestación de servicios de fe pública en la ciudad de Madrid, limitando la acción de los notarios, ya que no cabe considerar, desde las perspectivas cualitativa y cuantitativa, que tenga una relevancia menor y carezca de trascendencia para traspasar el umbral exigible que justifica la actuación declarativa e intimatoria del Tribunal de Defensa de la Competencia ex artículos 9 y 25 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en la medida en que interfiere en la libertad de negociar descuentos con los clientes”.

V.2. Conductas prohibidas

V.2. 1. Restricciones verticales

Los contratos de distribución exclusiva de carburantes en los que el mayorista fija el precio de reventa y el distribuidor asume el riesgo constituyen una restricción vertical prohibida por el Derecho de la competencia. STS de 4 de diciembre de 2009 (RC 6136/2007). En idéntico sentido, STS 20 de diciembre 2010 (RC 1654/2008) y STS de 17 de noviembre de 2010 (RC 6188/2007).

“El primer motivo de casación debe ser desestimado, puesto que consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que se revela conforme con las doctrinas jurisprudenciales del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al apreciar que los controvertidos contratos de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles celebrados entre la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETRÓLEOS, S.A. (CEPSA) y los titulares de estaciones de servicio en régimen de comisión de venta en garantía, constituyen una práctica prohibida restrictiva de la competencia consistente en la fijación de precios, en cuanto que en las cláusulas se estipula de forma expresa que el precio de venta al público será el fijado por CEPSA, y, en la medida en que los titulares de las estaciones de servicio no actúan como genuinos agentes o comisionistas, meros ejecutores de la voluntad del principal, sino como operadores económicos independientes, ya que se comprometen, entre otras obligaciones, al pago al contado de los combustibles y carburantes entregados o en el plazo de 9 días desde el suministro, a la conservación de los productos petrolíferos suministrados, asumiendo el riesgo vinculado al deterioro o pérdida, y, asimismo, los riesgos financieros y comerciales derivados del desarrollo de la actividad de distribuidores minoristas de carburantes.

En efecto, en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2007 (RC 1890/2002), reconocimos que los contratos de distribución en exclusiva de carburantes concertados por CEPSA en régimen de comisión de venta en garantía, idénticos o similares en su estructura negocial a los examinados en este litigio, en que se impone al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio de venta al público fijado por el proveedor (CEPSA) y el compromiso de vender exclusivamente carburantes y combustibles de ese mismo

proveedor (CEPSA), de conformidad con los precios, condiciones y técnicas de venta y de explotación fijadas por CEPSA, la asunción de la obligación de pago a CEPSA, el riesgo de cobertura, la responsabilidad por pérdidas del producto suministrado, están sometidos al Derecho de la Competencia y, en consecuencia, no están exceptuados de la aplicación de la prohibición de prácticas colusorias establecida en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y en el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (...)

La mera recomendación de precios de reventa no constituye una restricción vertical. STS de 10 de noviembre de 2010 (RC 5309/2007)

“El primer motivo de casación se plantea al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional y en él se denuncia la infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , "en relación a la imposición de precios de venta a las estaciones de servicio de la red Repsol que actúan bajo el régimen de reventa".

La Asociación recurrente sostiene, en síntesis, que la recomendación de precios realizada por "Repsol, S.A." a las estaciones de servicio revendedoras constituiría por sí misma y en todo caso una infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989. Su desarrollo argumental no se limita a este artículo de la ley española sino que incluye referencias al antes citado Reglamento (CEE) 1984/83 , así como al Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999 , relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y, de modo singular, al apartado 47 de la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 sobre directrices relativas a las restricciones verticales. Incorpora, por lo demás, una extensa cita de pronunciamientos tanto del Tribunal de Defensa de la Competencia como de la Audiencia Nacional para concluir que, en este supuesto, bajo la recomendación se encubre en realidad "una auténtica fijación" de precios por el proveedor del combustible.

El motivo será desestimado por dos razones.

A) En primer lugar, porque -al igual que manifestamos en nuestra sentencia de 1 de diciembre de 2009 frente a un motivo casacional análogo- parte de un presupuesto fáctico distinto del que contiene la sentencia impugnada. Los hechos sobre los que se sustenta divergen de los que el tribunal de instancia ha tenido como probados, lo que lastra negativamente todo el planteamiento argumental de la recurrente. No es revisable ya en casación -y menos por la vía del motivo elegido- la afirmación de la Sala de instancia en orden a que la mera comunicación a las estaciones de servicio revendedoras de un precio recomendado, por parte de "Repsol, S.A.", no fue seguida, en la práctica, de "[...] un régimen de control, [ni de] medidas que razonablemente permitan concluir que en el supuesto de apartamiento de las directrices conferidas pudieran tomarse medidas de presión contra el revendedor" (cita de la sentencia impugnada).

Si esta afirmación resulta ya incontrovertible, como así ocurre, su consecuencia jurídica es que la acción limitada a la recomendación de un precio, sin otros aditamentos, no puede calificarse de conducta anticompetitiva en el seno de las relaciones verticales entre proveedores y revendedores ligados por contratos de compra exclusiva, lo que descartará su tipificación al amparo del artículo 1.1 de la Ley 16/1989 .

B) La aplicación de las normas de derecho comunitario citadas en el motivo conduce a la misma conclusión. Han sido varias las cuestiones prejudiciales planteadas por

tribunales españoles en relación con los contratos de suministro exclusivo de carburantes y combustibles, con las que se trataba de obtener del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la interpretación del artículo 81 del Tratado CE en relación con el ya citado Reglamento (CEE) 1984/83 (y, eventualmente, con el también citado Reglamento 2790/1999). El Tribunal de Justicia ha dictado al respecto las sentencias de 14 de diciembre de 2006 (TJCE 2006, 370) (asunto C-217/05 , Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, cuestión prejudicial promovida por esta Sala), 11 de septiembre de 2009 SIC (TJCE 2008, 203) (asunto C-279/06, Cepsa Estaciones de Servicio, S.A.) y de 2 de abril de 2009 (TJCE 2009, 76) (asunto C-260/07, Pedro IV Servicios, S.L.).

En dichas sentencias se contienen las pautas interpretativas aplicables y, entre ellas, las correspondientes a la cuestión objeto de debate, lo que hace innecesario tanto el nuevo reenvío prejudicial solicitado por la recurrente como el informe de la Comisión Europea que la Asociación recurrente pretende que intereseamos.

En los apartados 70 a 84 de la referida sentencia de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07) el Tribunal de Justicia, afirma que "[...] que no pueden acogerse al régimen de exención por categorías establecido en los Reglamentos nos 1984/83 y 2790/1999 los acuerdos por los que el proveedor fija el precio de venta al público o impone un precio de venta mínimo. En cambio, conforme a los términos del mencionado artículo 4 , letra a), el proveedor es libre de recomendar al revendedor un precio de venta o de imponerle un precio de venta máximo". (...)

Pues bien, la aplicación de esta doctrina al caso de autos determinará el rechazo del motivo una vez que la Sala de instancia (y antes el Tribunal de Defensa de la Competencia) han excluido, como cuestión de hecho, que la recomendación del precio parte de "Repsol, S.A." fuera acompañada de otras acciones mediante las cuales dicha compañía presionara a los revendedores para su imposición, de modo que aquélla ejerciera facultades reales de control sobre la fijación de los precios de venta al público. Si del examen de la prueba se obtiene la conclusión de que dichos precios eran establecidos por el explotador de la estación de servicio sin atenerse necesariamente a los recomendados y sin que hubiera mecanismos de control o presión por el suministrador, de modo que indirectamente se consiguiera el mismo efecto de la fijación, no concurren las circunstancias que inhibirían el acogimiento a la exención por categorías de los acuerdos de compra exclusiva.

En esa misma medida, la recomendación de precios objeto de este litigio se atiene a las normas comunitarias y, habida cuenta de que a éstas remitía expresamente el reglamento español en la materia (artículo 1 del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero , que desarrolla la Ley 16/1989 en materia de exenciones por categorías), no puede considerarse ilícita". FD 4º.

V.2.2. Abuso de posición dominante

El abuso de posición dominante es una infracción por objeto que no requiere la producción de efectos. El TS casa una sentencia que había anulado una sanción del Tribunal de Defensa de la Competencia por considerar que no se había acreditado la producción de efectos. STS de 1 de junio de 2010 (RC 4222/2007).

“En efecto, como se ha puesto de relieve, la Sala de instancia basa su juicio estimatorio en que la conducta de Gas Natural no ha originado, de facto, un mercado cautivo mediante una barrera de entrada que originase la necesidad de acometer gastos desmesurados para una respuesta comercial eficaz, así como en el hecho de que ninguna empresa comercializadora de gas tuvo problemas de acceso a capacidad de regasificación que se derivara del mecanismo deslizante establecido en el contrato de 21 de julio de 2.001. Sin embargo, de la doctrina reiteradamente expuesta por esta Sala en la interpretación de los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia se deduce que tanto los comportamientos colusorios prohibidos por el primero de dichos preceptos como las conductas restrictivas de la competencia excluidas por el artículo 6 de la Ley por abusar de una posición de dominio no son sólo aquéllas que han causado una efectiva restricción de la competencia, sino que comprenden también las que son racionalmente susceptibles de ocasionar dicha restricción. (...)

En lo que respecta al abuso de la posición de dominio prohibido en el artículo 6 de la Ley, dicho precepto prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio en todo o parte del mercado nacional o de la situación de dependencia de otras empresas, explotación abusiva que se describe a título de ejemplo y de forma no exhaustiva en diversas conductas enumeradas en el apartado 2 del precepto y en las que en ningún caso se requiere la efectiva causación de perjuicios cuantificables a terceros competidores, sino que basta que se produzca el comportamiento abusivo descrito, el cual se entiende que es en sí mismo perjudicial para la competencia. Así, por ejemplo y sin agotar los posibles supuestos, partiendo de una posición de dominio, basta la mera imposición de precios o condiciones "no equitativos" (letra a), o la limitación "injustificada" de la producción o distribución en perjuicio de competidores (letra b) o la aplicación de condiciones "desiguales" para prestaciones equivalentes (letra d), conductas todas ellas por sí mismas anticompetitivas y perjudiciales para los restantes competidores y respecto a las que no se exige como requisito el que los competidores afectados se hayan visto finalmente privados de obtener tales productos o servicios o excluidos del mercado de que se trate. Huelga decir que tales conductas excluyen en su propia definición que exista una causa justificada y legítima en términos de competencia que la ampare, pues en tal caso dichos comportamientos no serían "no equitativos", "injustificados" o "desiguales".

De acuerdo con lo anterior, para probar una conducta prohibida por abuso de la posición de dominio basta acreditar uno de tales comportamientos enumerados en el artículo 6.2 de la Ley de Defensa de la Competencia u otros de naturaleza análoga, sin que quepa descartar el comportamiento abusivo porque no concurra una determinada consecuencia especialmente perjudicial, como puede serlo el efectivo levantamiento de una barrera comercial o la exclusión de un mercado, como sostiene en la práctica la Sala de instancia. O, dicho de otro modo, tales circunstancias serán sin duda una muestra inequívoca de un abuso de posición dominante y una circunstancia agravante a los efectos de cuantificar la sanción correspondiente, pero la no constatación de una barrera o de una exclusión de un mercado no excluye per se que haya habido conductas prohibidas como la aplicación de precios no equitativos, la denegación injustificada de prestación de servicios o, como en el caso de autos, la reserva abusiva y privilegiada de bienes potencialmente escasos.

En definitiva, debemos estimar el motivo, casando y anulando la Sentencia impugnada dado la errónea concepción del abuso de posición de dominio que se refleja en la

misma, que resulta contraria a lo estipulado en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Sala. A lo que se suma que al no adoptar la Sala de instancia esta perspectiva, sino la de tratar solamente de constatar la existencia de un daño efectivo, ha hecho -como se verá- un examen parcial e incompleto de los hechos.”

Abuso de posición dominante. Mercado conexo. El Tribunal Supremo casa una sentencia en la que se había confirmado una resolución del TDC relativa a la imposición de una sanción a una empresa cuyo comportamiento en el mercado en que es dominante, trasciende a un mercado conexo (apalancamiento del monopolio). La fundamentación jurídica de la sentencia reside en la ausencia de prueba de los efectos probados en el mercado conexo, ni de la obtención de una ventaja para el monopolista.

“.- Sobre el significado de la conducta sancionada según el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sentencia impugnada.

Como se puede constatar en los hechos declarados probados en la resolución administrativa sancionadora, recogidos en el fundamento de derecho primero de la Sentencia impugnada que se ha reproducido supra -y no discutidos por la parte-, en 1.993 la entidad certificadora AENOR modificó los anexos del Reglamento Particular del Comité Técnico de Certificación 017 de la propia entidad, de forma que se instauró un sistema de certificación en cascada para los productos de acero para hormigón, según el cual la obtención de la marca AENOR (marca N) para el producto final (la malla electrosoldada o mallazo, comúnmente denominado hormigón armado) requería que los productos de acero empleados para su fabricación (materia prima -alambrón- y productos intermedios -alambres lisos o corrugados-) estuviesen también en posesión de la citada marca N. También constituye un hecho no controvertido que dicha modificación supuso eliminar dos alternativas previamente existentes para admitir la certificación del mallazo, que eran el que los productos de acero empleados poseyeran otra marca de calidad y seguridad equivalentes o bien la realización de pruebas a cada partida por un procedimiento establecido por el fabricante y admitido por el Comité de (...)

Frente a la decisión adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y avalada por la Sentencia de instancia, según se comprueba en el fundamento jurídico quinto que se ha reproducido, la entidad recurrente entiende que dicha exigencia de una certificación en cascada para los productos de acero para hormigón no constituye un abuso de posición dominante ni en el mercado de la certificación, ni tiene efectos anticompetitivos en otros mercados conexos como el de los productos de acero para hormigón o del propio hormigón.

Veamos en primer lugar la imputación relativa al abuso de posición dominante en relación con el mercado de la actividad propia de AENOR, la certificación de calidad. Y, en realidad, de las consideraciones incorporadas en la Sentencia recurrida, que en sustancia reproducen las de la resolución sancionadora, apenas hay referencias a este mercado en el que la parte recurrente desarrolla su actividad. En efecto, toda la ratio decidendi de la justificación de la sanción se refiere a la repercusión de la conducta sancionada en la importación y uso de los productos de acero empleados para fabricar el hormigón armado, como consecuencia de la indiscutible posición dominante de AENOR en el mercado de la certificación. Pero tiene razón la recurrente en que en

ningún caso se justifica que su conducta le haya originado una posición más ventajosa en el propio mercado de su actividad. (...)

En realidad, de los hechos declarados probados por la Sentencia recurrida y de la propia naturaleza del mercado principal en el caso de autos, esto es, el del mercado de los servicios de certificación, debe concluirse que la conducta sancionada no incurre en abuso de posición de dominio en el mismo. En primer lugar, hay que tener en cuenta que dicho mercado es, por definición, abierto, de forma que no existe limitación alguna a la incorporación de nuevas entidades certificadoras que compitan en el mismo, para las que basta que cumplan las exigencias legales previstas en la normativa correspondiente. Y, por otra parte, en el caso que se examina la certificación de calidad (del alambrón y del hormigón armado) es voluntaria, no obligatoria para las empresas que adquieren o emplean dichos productos.

En segundo lugar, si bien es necesario admitir que una entidad certificadora dominante como lo es AENOR pudiera incurrir en prácticas abusivas de su posición, en principio no parece verosímil que la imposición de normas de calidad más estrictas para obtener una determinada certificación pueda constituir un abuso de posición de dominio en el propio mercado de los servicios de certificación. En efecto, una conducta semejante, como lo es la sancionada, resulta evidentemente más beneficiosa para otras eventuales entidades certificadoras, que pueden mantener unas exigencias menores, pero suficientes desde el punto de vista técnico, para certificar la calidad de un producto.

(...)

Tal como se ha dicho antes, en realidad todas las consideraciones relevantes de la resolución administrativa sancionadora y de la Sentencia impugnada se refieren a los efectos de la conducta sancionada en el mercado del alambrón destinado a la fabricación del mallazo u hormigón armado.

Debe señalarse en primer lugar que, efectivamente, puede haber supuestos en los que una conducta realizada en un mercado tenga efectos anticompetitivos contrarios a las previsiones del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia en otro mercado. Y en el caso presente, aunque no se diga expresamente, todos los razonamientos de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Sentencia impugnada recogidos en el fundamento de derecho segundo de esta Sentencia lo que sostienen es que la conducta de AENOR, dominante en el mercado de los servicios de certificación, ha producido efectos anticompetitivos en otro mercado, el del alambrón destinado a la fabricación de mallazo. (...)

En definitiva, de lo que se acusa a AENOR y por lo que se le sanciona es de que, siendo dominante en el ámbito de los servicios de certificación, al instaurar el nuevo sistema de certificación en cascada ya descrito en el campo del alambrón y del hormigón armado, impuso condiciones anticompetitivas a las empresas que importaban alambrón no certificado para hormigón, dado el seguimiento masivo que en España posee la marca de certificación N de AENOR; todo ello a pesar de no detectarse pérdida de mercado de la empresa denunciante ni del uso del alambrón no certificado en España en los años posteriores a adoptar AENOR el referido sistema de certificación cascada.

Pues bien, es preciso admitir el motivo también en este punto y estimar el recurso de casación de AENOR. En primer lugar, hay que tener en cuenta la falta de efectos anticompetitivos de la conducta sancionada, como se recoge en la propia resolución

sancionadora y en la Sentencia recurrida. Es verdad que ello no impide que una conducta pueda infringir el derecho de la competencia porque pueda bien perjudicar a los competidores, bien suponer una ventaja anticompetitiva sin estar amparada por una estrategia comercial legítima (por ejemplo, en el supuesto visto en la reciente Sentencia de 1 de junio de 2.010 -RC 4.222/2.007 -, en el sector del gas natural). Pero ciertamente en tales supuestos la conducta debe estar claramente caracterizada por los dos circunstancias mencionadas: en primer lugar, la de ser susceptible de perjudicar a los competidores o de originar una ventaja a la empresa dominante y, en segundo lugar, no estar amparada por una estrategia comercial legítima (véase, a este efecto, la Sentencia de esta Sala de 20 de junio de 2.006 (RJ 2006, 3542) -RC 9.174/2.003 -).

Ahora bien, en el presente supuesto es preciso tener presente que estamos considerando los efectos de una conducta no en el propio mercado (el de los servicios de certificación), sino en un mercado conexo, el del alambrón, por lo que el carácter anticompetitivo de la conducta debe ser especialmente claro. Y del examen de las circunstancias de hecho que concurren se deduce que, por un lado, no se constata la posibilidad de que la conducta discutida pueda causar un perjuicio a los sujetos actuantes en dicho mercado conexo y que, por otro, que en contra de lo que se sostiene en la resolución sancionadora y en la Sentencia recurrida, cuenta con una justificación empresarial legítima y suficiente.

En cuanto a la causación de perjuicios, no es posible admitir los razonamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia, avalados por la Sentencia de instancia. La importación de alambrón no resulta perjudicada puesto que el origen importado o no de dicho material no predetermina que se le pueda someter o no a la certificación AENOR. La empresa denunciante puede importar alambrón de más o menos calidad, lo que depende exclusivamente de su estrategia comercial y, en cualquier caso, de ella depende someterlo a dicha certificación y, de no obtenerla, importar otro de más calidad. Pero que AENOR haya establecido un sistema de certificación del hormigón armado que requiere la previa certificación del alambrón no supone por si mismo un perjuicio para las empresas que importen alambrón frente a las que no lo hacen. El alambrón, importado o no, puede ser sometido a la certificación AENOR y ello dependerá exclusivamente de la voluntad de la empresa que emplea dicha materia prima, así como de la calidad del alambrón que adquiera, sea nacional o importado.

En cuanto a la justificación de la conducta supuestamente anticompetitiva, tampoco es posible aceptar las afirmaciones de la resolución sancionadora, reiteradas en la Sentencia recurrida. En esencia, se sostiene que la conducta sancionada es ilegítima porque tiene efectos anticompetitivos en el mercado conexo sin estar justificada técnicamente, en el sentido de que no hay razones técnicas que exijan la implantación de un sistema de certificación en cascada. En primer lugar, una vez descartado el que la adopción de dicho sistema de certificación sea susceptible de provocar efectos anticompetitivos en el mercado conexo, no resulta ya imprescindible encontrar una especial justificación para dicha decisión. Pero, en todo caso, no es posible aceptar que sólo fuera posible instaurar el referido sistema de certificación en el supuesto de que fuese el único medio técnicamente posible para certificar el producto resultante, el hormigón armado o mallazo. Antes al contrario, teniendo en cuenta que la entidad sancionada actúa en el mercado de los servicios de certificación, basta para entender que su decisión es admisible su opción empresarial de elevar o garantizar más plenamente el standard técnico requerido para certificar voluntariamente el mallazo, exigiendo una certificación en cadena de los materiales empleados en su fabricación, o bien su deseo

de facilitar por ese medio el procedimiento para otorgar dicha certificación. Cualesquiera de dichas razones constituye una opción empresarial legítima en el ámbito en el que AENOR actúa, tanto más, como ya se ha indicado, cuanto que no es posible percibir los efectos anticompetitivos en los mercados conexos del alambrón y del hormigón armado que se han atribuido a su decisión. A lo que se ha de añadir la circunstancia, ya mencionada, de que semejante elevación del standard de una certificación tampoco puede considerarse perjudicial, sino al contrario, para otras entidades que quisiesen entrar en el mercado de los servicios de certificación”.

V.2.3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales

Actos de competencia desleal que puedan afectar el interés público: el tipo infractor es independiente de la existencia de posición dominante. STS de 20 de abril de 2010 (RC 3337/2007).

“Sexto.- Hechas estas precisiones, podemos acometer el examen del motivo único de casación en cuanto gira, básicamente, sobre la interpretación del artículo 7 de la Ley 16/1989. El motivo será desestimado pues no compartimos los dos argumentos esenciales sobre los que descansa la tesis del Abogado del Estado.

Como ya manifestamos en nuestra sentencia de 20 de junio de 2006, no hay base jurídica para sostener que cualquier acto de competencia desleal cometido por un operador con posición de dominio en el mercado constituya por sí mismo, al margen de sus perfiles singulares y sea cual sea su alcance real en la práctica, una "explotación abusiva" de dicha posición de dominio. Ni el artículo 6 de la Ley 16/1989, no obstante su formulación abierta, ni el artículo 7 del mismo texto legal auspician esta interpretación. Y menos razón aún hay para entender que la interpretación del artículo 7 de la Ley 16/1989 deba hacerse en términos tales que la aplicación del tipo sancionador quede reservada en exclusiva a las conductas desleales de los operadores económicos que no ostenten una posición de dominio.

Recordaremos a estos efectos lo que ya afirmamos en nuestra sentencia de 8 de marzo de 2002 y reiteramos en la de 20 de junio de 2006. Mediante el artículo 7 de la Ley 16/1989, y sobre la base de su antecedente inmediato, el artículo 3 de la derogada Ley 110 de 1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, el legislador español dispuso que conductas de las empresas hasta entonces consideradas meramente desleales pudieran, en lo sucesivo, ser tachadas de anticompetitivas según la Ley 16/1989 y castigadas por vía administrativa como tales.

Con esta importante ampliación del ámbito objetivo de las conductas incluidas en la Ley 16/1989 por virtud de su artículo 7, comportamientos de deslealtad mercantil que, en principio, sólo afectan a las empresas, cuya respuesta jurídica se deja a la iniciativa de éstas (mediante el ejercicio de las oportunas acciones civiles) y se traduce en el resarcimiento de los daños y perjuicios privados ocasionados, adquieren un nuevo carácter, ya público, que permite su represión independiente a cargo de la autoridad administrativa encargada de velar por la defensa de la competencia.

La ampliación de conductas perseguibles a título de la Ley 16/1989 se inspira en el hecho de que determinados comportamientos desleales de unos empresarios respecto de otros desbordan sus efectos perjudiciales meramente privados e inciden de lleno, y de

modo desfavorable, en los intereses colectivos que la Administración Pública ha de tutelar. Designio que estaba presente desde el momento mismo de la aprobación de la Ley 16/1989, esto es, incluso con anterioridad a la publicación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyo articulado, ya decididamente, presupone que la protección de unos empresarios frente a las conductas desleales de otros trasciende el interés meramente privado de éstos y deriva también del "interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado" (Exposición de Motivos de la Ley 3/1991).

Lo que antes era mero conflicto intersubjetivo entre empresarios adquiere, pues, tanto por virtud del artículo 7 de la Ley 6/1989 como, a fortiori, por la propia Ley 3/1991 (y en este mismo sentido, por la más reciente Ley 29/2009, de reforma de la de Competencia Desleal, ley inaplicable al caso de autos por obvias razones temporales) una dimensión pública relevante. La tutela de los intereses públicos en juego legitima, según el legislador español, la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia para reprimir conductas desleales de los empresarios que, además de serlo, afecten a aquellos intereses públicos por falsear de manera sensible la competencia en el mercado.

Las exigencias de seguridad jurídica en la interpretación de normas cuya vulneración lleva aparejada sanciones administrativas (principio de certeza en la configuración de los tipos) nos conducen a adoptar un criterio de apreciación más restrictivo del que pudiera deducirse, a primera vista, de la mera lectura del precepto: partimos, por tanto, de que la expresión "actos de competencia desleal" utilizada por el artículo 7 de la Ley 16/1989 no tiene una significación autónoma, sino que remite a las conductas empresariales específicamente catalogadas como desleales en las leyes correspondientes. Tras la aprobación de la Ley 3/1991, dichas conductas eran las plasmadas en la "generosa" cláusula general de su artículo 5 y en los artículos 6 a 17.

Inevitablemente la catalogación normativa de tales conductas, a efectos meramente civiles y mercantiles, ha de incorporar tipos abiertos, esto es, cláusulas generales, dada "la cambiante fenomenología de la competencia desleal", por emplear de nuevo los términos de la Exposición de Motivos de la Ley 3/1991. Así, por ejemplo, el artículo 5 de ésta reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe y el artículo 15.2 considera desleal la "simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial".

Ahora bien, la imputación administrativa a título del artículo 7 de la Ley 16/1989 sólo alcanzaba a aquellas modalidades de ilícitos desleales que se vieran cualificadas por la presencia conjunta de dos elementos normativos adicionales, esto es, la distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado y la afectación del interés público. El tipo específico (*lex specialis*) del artículo 7 de la Ley 16/1989 era tajante en este sentido. Ulteriormente el nuevo artículo 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, vendría a sustituirlo por otro cuyo contenido permite a las autoridades administrativas castigar "los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público", nueva redacción que resulta inaplicable, también por motivos temporales, a los hechos de autos y que no es sino vuelta, en lo sustancial, a la vigente antes de la reforma de 1999.

La reforma de la Ley 16/1989 que llevó a cabo la Ley 52/1999 trató de deslindar "claramente" el ámbito de la actuación de los órganos de competencia en relación con el artículo 7 de la Ley 16/1989: debían dichos órganos "limitarse [sic] a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo".

A partir de estas premisas, no consideramos acertada la tesis de que cualquier acto de competencia desleal en que incurra una empresa con posición de dominio signifique eo ipso, de modo automático, la "explotación abusiva" de esa misma posición. Admitir dicha tesis sólo sería posible desde una lectura del precepto correspondiente (artículo 6) que deja en la total indeterminación su contenido. Por lo demás, significaría, entre otros resultados paradójicos, tanto como sujetar al control y represión de la Ley 16/1989 conductas aisladas u ocasionales de cualquier empresa con posición de dominio que hubiera procedido, por ejemplo, a la "contratación de extranjeros sin autorización para trabajar" (ilícito desleal a tenor del artículo 15.3 de la Ley 3/1991) o a la "adquisición de secretos por medio de espionaje" (conducta asimismo desleal a tenor del artículo 14.3 de la Ley 3/1991), aun cuando tales actuaciones no hubieran ocasionado distorsión alguna de las condiciones de mercado.

No era este el designio del legislador al tipificar, tras la reforma de 1999, los hechos susceptibles de represión administrativa en el artículo 7 de la Ley 16/1989, tipificación que, insistimos, sólo se producía cuando los ilícitos de deslealtad quedaran cualificados por la distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado y la afectación del interés público".

V.2.4. Conductas exentas

Principio de confianza legítima: no cabe fundar la licitud de una conducta anticompetitiva en la existencia de una confianza legítima cuando la conducta excede los límites (en este caso, temporales) de la confianza legítima. STS de 14 de octubre de 2010 (RC 195/2008). En este mismo sentido SSTS de 3 de noviembre de 2009 (RC 1820/2007), de 12 de mayo de 2010 (RC 3545/2007) y de 1 de julio de 2010 (RC 5248/2007).

“El tercer motivo de casación, fundado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 3.1 de la LRJPAC, que obliga a las Administraciones Públicas a respetar el principio de confianza legítima, así como de la jurisprudencia relativa a la aplicación de dicho principio, entre ellas, las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1990 (RJ 1990/1258), 8 de junio de 1990 (Az. 5180), 28 de julio de 1997 (RJ 1997/6890) y 16 de enero de 2002 (RJ 2002/629).

El recurso de casación debe ser resuelto, con base en el principio de unidad de doctrina, acogiendo los razonamientos expuestos en las sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2009 (RC 1820/2007), de 12 de mayo de 2010 (RC 3545/2007) y de 1 de julio de 2010 (RC 5248/2007), en que, dando respuesta a idénticos motivos de casación, dijimos:

“[...] El tercer motivo se fundamenta en la infracción del artículo 3.1 de la Ley 30/1992. Considera la parte recurrente que se ha conculcado el principio de confianza legítima y la jurisprudencia sobre el mismo, ya que las empresas navieras han actuado convencidas de la legalidad de su comportamiento, en la medida en que los acuerdos de intercambiabilidad de billetes constituían un sistema auspiciado por las autoridades pertinentes de ambos países, España y Marruecos.

[...] La sentencia de instancia responde a este alegato del siguiente modo:

"La tercera de las alegaciones de la sociedad recurrente se refiere al principio de confianza legítima que incidiría sobre el indicado acuerdo de las navieras de intercambiabilidad de billetes, impulsado y auspiciado por la Administración.

El principio de confianza legítima fue recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1990 (RJ 1990\1258), y ha sido aplicado posteriormente por el mismo Alto Tribunal en el ámbito del derecho de la competencia, así en STS de 28 de julio de 1997 (RJ 1997\6890) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000\7047). De acuerdo con esta última sentencia, el principio de confianza legítima debe aplicarse '...cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le ...(al particular beneficiado)... induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de actuación administrativa.' En la sentencia que comentamos, el signo externo suficientemente concluyente consistió en la admonición de la Administración, precisamente del Ministerio de Educación y Ciencia, a los editores de libros y material de enseñanza, de la necesidad de que las subidas de precios de los libros de texto fueran limitadas. Es decir, existió una recomendación expresa, probada en el procedimiento, de la Administración a una Asociación de empresarios para que limitaran unos aumentos de precios.

En este caso debemos diferenciar dos períodos, de un lado, el período de la denominada 'operación paso del Estrecho' que abarca entre el 15 de junio al 15 de septiembre de cada año, y de otro lado, el resto del año. La distinción es trascendente, porque la Resolución del TDC sanciona a la empresa naviera demandante y a sus competidoras por mantener la intercambiabilidad no durante la operación 'paso del Estrecho', sino precisamente durante el resto del año.

Los signos externos de la Administración suficientemente concluyentes, que invoca la sociedad recurrente y que amparan la confianza en la legitimidad del acuerdo anticompetitivo de intercambio de billetes, cualquiera que sea la empresa naviera que lo hubiera emitido, se refieren inequívocamente a la operación 'paso del Estrecho', pero no al resto del año. Así resulta del escrito del Ministerio de Fomento obrante en las actuaciones (folios 117 y 118), que indica que los acuerdos de intercambiabilidad los establecen las propias compañías y que las Administraciones española y marroquí solicitan la adopción de dicha medida, que constituye una característica de la operación 'paso del Estrecho' que comprende desde el 15 de junio al 15 de septiembre. Pero no existe en el expediente dato alguno que permita extender esos signos externos de la Administración a la intercambiabilidad de billetes durante la operación de paso del Estrecho al resto del año, antes al contrario, la intercambiabilidad se basa en las especiales circunstancias de afluencia de viajeros que concurren en esas fechas estivales, durante las cuales las Autoridades españolas y marroquíes adoptan distintas medidas de seguridad y de otro tipo, que tienden a facilitar y hacer más fluido el paso de la avalancha de pasajeros y vehículos que cruzan el Estrecho en esas fechas, pero dicha

operación tiene una duración conocida por las navieras, que es la indicada entre el 15/06 a 15/09 de cada año. En el resto del año no concurren esas circunstancias excepcionales de afluencia de viajeros y vehículos, ni existe indicación alguna por parte de la Administración para la adopción de medidas especiales, por lo que no hay razón alguna que justifique el mantenimiento por las navieras de la intercambiabilidad, que es un acuerdo anticompetitivo prohibido por el artículo 1 LDC." (fundamento jurídico 7)

[...] Las razones que abonan la desestimación del tercer motivo casacional fueron expuestas en la sentencia precedente en los siguientes términos, que nuevamente hemos de reiterar:

"[...] La sanción no se impuso por los acuerdos de intercambiabilidad durante las operaciones de paso del estrecho, sino por mantener tales acuerdos fuera de las mismas. En este sentido, todos los datos que la parte ofrece para justificar su creencia en la corrección jurídica de su actuación valen sólo para dichos períodos, pero no para el resto del año. Esto resulta tan evidente que incluso en la propia resolución sancionadora se explica cómo la Administración ha estado auspicando dichos acuerdos para los períodos de operación de paso del estrecho desde 1.987, pero ello no avala su extensión fuera de los mismos, lo que originó la sanción. La sentencia recurrida se refiere expresamente a ello con toda claridad en el fundamento jurídico 7, que se ha transcrito".

V.3. Órganos competentes para la aplicación del Derecho de la Competencia

STS de 29 de junio de 2010 (RC 5133/2007). La Comisión del Mercado de las telecomunicaciones está habilitada normativamente para decidir cuando la conducta de un operador sujeto a su supervisión lleva a cabo una conducta anticompetitiva prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia. Doctrina de la Sala.

“El pronunciamiento de la Sala de instancia se fundamenta en el razonamiento de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones carece de competencia para efectuar declaraciones que puedan significar la delimitación de una modalidad de conducta subsumible en una infracción de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (...)

El recurso de casación, interpuesto por el Abogado del Estado, se articula en un único motivo, fundado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de los artículos 3.a), 5.1, 10.1 y 4, 48.2 y 48.3 e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y por vulneración de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las sentencias de 20 de diciembre de 2004 (RC 743/2002) y de 1 de febrero de 2006 (RC 3661/2003).

En el desarrollo argumental de este motivo de casación se aduce que la Sala de instancia ha incurrido en error de Derecho al no reconocer las competencias y funciones que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones asume en defensa de la libre competencia derivada del apartado e) del párrafo primero del artículo 48 de la Ley 32/2003, que le autoriza a la imposición de medidas específicas que deben cumplir los operadores en el mercado de las telecomunicaciones, lo que le permite utilizar, instrumentalmente, los términos y conceptos propios del Derecho de la Competencia

para calificar y describir conductas, inicialmente estimables como contrarias a la libre competencia, a los efectos de la delimitación del supuesto de hecho sobre el que proyectar sus propias facultades.

El recurso de casación, formulado por el Abogado del Estado, debe prosperar, con base en el principio de unidad de doctrina, acogiendo los razonamientos jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2008 (RC 2530/2006), en que, resolviendo idéntica controversia, delimitamos las atribuciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de defensa de la competencia, en los siguientes inequívocos términos:

« Pues bien, no cabe duda de que para poder adoptar una medida concreta y específica de salvaguarda de la competencia -como se hace en el resuelve segundo- es preciso efectuar una previa valoración de que la conducta mantenida hasta ese momento es potencial o indiciariamente contraria a la libre competencia o, lo que es lo mismo, que es potencial o indiciariamente constitutiva de conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. En este sentido, si bien la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tiene capacidad para declarar formalmente que una determinada conducta constituye una infracción de los citados preceptos (y en esa medida la formulación del resuelve primero es incorrecta), sí puede en cambio apreciar que esa conducta tiene presumiblemente efectos contrarios a la libre competencia o abusivos de una posición de dominio, y esta valoración se configura además como presupuesto imprescindible para poder fundamentar la adopción de medidas preventivas correctoras. No se trata pues de un supuesto análogo al que se daba en nuestra Sentencia de 1 de febrero de 2.006, sino de un caso de valoración indiciaria de una conducta como adversa a la prohibición de abuso de posición de dominio y la consiguiente adopción de una medida correctora de las contempladas en el artículo 48.3.e) de la Ley General de Telecomunicaciones (32/2003, de 3 de noviembre).

(...) En definitiva, en el caso examinado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha ejercido sus propias y específicas funciones de valorar una conducta desde la perspectiva del mantenimiento de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y ha adoptado medidas correctoras de salvaguarda. Sin embargo, ha expresado su criterio sobre tales conductas en forma que sólo correspondería a la Comisión Nacional de la Competencia, al afirmar de manera taxativa que tal conducta era constitutiva de abuso de una posición de abuso en el mercado afectado. Ahora bien, teniendo en cuenta, por un lado, que no tipifica ni define conductas contrarias a los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia sino que se limita a subsumir conductas en las previsiones de tales preceptos; y, por otro lado, que la medida adoptada en el resuelve segundo sí entra dentro de sus funciones - como sostiene también la Sala de instancia- y que, según hemos dicho, resulta necesaria una valoración previa de la conducta como concurrente de efectos anticompetitivos para poder adoptar tal medida preventiva, debemos interpretar las afirmaciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el sentido de que el regulador aprecia efectos contrarios a la competencia en las conductas de Telefónica examinadas. Y si más allá de tal apreciación, la Comisión cree que la actuación de Telefónica es claramente una conducta prohibida por los artículos 1 ó 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, deberá proceder a efectuar la correspondiente comunicación al Servicio de Defensa de la Competencia en los términos previstos en el artículo 48.3.e) 2º de la Ley General de Telecomunicaciones a los efectos pertinentes de incoación de un

expediente sancionador que pudiera finalizar, en su caso, con la correspondiente sanción respecto a las conductas ya realizadas.».

A estos efectos, cabe consignar, que el designio del legislador que informa la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, según se infiere de la Exposición de Motivos, es el de «reforzar las competencias y facultades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en relación con la supervisión y regulación de los mercados», para lo que se le atribuye la función de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar un entorno de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia para sancionar los ilícitos contrarios al Derecho de la Competencia.

Por ello, la interpretación que propugnamos del artículo 48.3 e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, no interfiere lesivamente en el ámbito de las funciones atribuidas al extinto Tribunal de Defensa de la Competencia o las que corresponden en la actualidad a la Comisión Nacional de la Competencia, derivadas de los artículos 24 y 26.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para instruir y resolver los procedimientos en materia de conductas restrictivas de la competencia y de coordinación de las actuaciones de los reguladores sectoriales”.

V.4. Procedimiento sancionador

V.4.1. Instrucción

La designación del Instructor al que “por turno corresponda” no es una manifestación del derecho al juez “predeterminado por la Ley”, tratándose de una cuestión organizativa interna, de manera que su incumplimiento tiene el carácter de mera irregularidad no invalidante. STS de 16 de junio de 2010 (RC 4714/2007). En este mismo sentido, STS de 8 de junio de 2010 (RC 4216/2007)

“Sobre el primer motivo de casación, relativo a la designación de instructor del procedimiento sancionador.

Sostiene la entidad recurrente que no se ha respetado el turno de designación de instructor que prevé el artículo 18 del Reglamento del Servicio de Defensa de la Competencia, lo que equivaldría a prescindir de un trámite esencial de procedimiento con la consiguiente nulidad radical del mismo. Se habría vulnerado asimismo el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 de la Constitución, en concreto el derecho al nombramiento del juez predeterminado por la ley, ya que la instrucción de un expediente ha de ser realizada de manera imparcial.

(...)

No puede prosperar el motivo. Tiene razón la Sala en que no puede predicarse la doctrina constitucional relativa al juez predeterminado por la ley respecto a la designación de un instructor en un procedimiento administrativo sancionador, ya que no existe en este caso tal predeterminación legal, sino una mera previsión reglamentaria a la designación "que por turno corresponda" que ni siquiera puede entenderse como hace la recurrente en el sentido de que deba existir necesariamente un turno automático y rotatorio, dado de que

se trata de una mera cuestión organizativa interna de un servicio administrativo instructor -no de un órgano enjuiciador- que puede significar un turno de asignaciones en el que operen otros criterios cualitativos o de carga de trabajo, como en otros casos ha alegado el Servicio de Defensa de la Competencia.

En efecto, esta alegación había sido ya formulada con anterioridad por la misma recurrente en el recurso de casación 1.246/2.006, resuelto por Sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 2.009. Aunque en aquella ocasión la Sentencia impugnada no había dado respuesta expresa a la queja y la entidad recurrente se quejaba de incongruencia omisiva, ya advertíamos, en consideraciones que debemos ahora reiterar, que:

"En el caso de autos, efectivamente tiene razón la entidad actora en que la Sala de instancia no ha respondido de forma expresa a su alegación sobre la supuesta infracción procesal sobre el nombramiento de instructor que denuncia. Sin embargo, a la vista de la respuesta que ofreció el Servicio de Defensa de la Competencia a la misma en la diligencia de prueba que se practicó al respecto y que la propia parte recoge en el motivo, debe entenderse que la alegación está tácitamente rechazada por la Sala de instancia al pasar directamente a examinar la cuestión de fondo. En efecto, se trata de una presunta infracción de procedimiento -la designación de instructor sin seguir el turno que supuestamente correspondía- que en ningún caso supondría la omisión total y absoluta del procedimiento, sobre la que no se alega en ningún caso que haya ocasionado indefensión y, en fin, de la que no se adivina qué consecuencias pudiera haber tenido en la resolución sancionadora ni, en general, qué perjuicio de cualquier tipo pudiera haber ocasionado a la entidad expedientada. En consecuencia, dada la irrelevancia de la queja y a la vista de la diligencia de prueba practicada ha de entenderse, en contra de lo que sostiene la parte, que la Sala aceptó la explicación dada por el Servicio de Defensa de la Competencia al respecto, en el sentido de que no existía ya tal turno para la designación de instructor. Lo que no obsta, huelga decirlo, que ante la petición formulada en conclusiones por la parte sobre nulidad de la resolución sancionadora por la causa citada, hubiese sido preferible una respuesta expresa por parte de la Sala juzgadora." (fundamento de derecho segundo in fine)

Las mismas consideraciones son aplicables al supuesto de autos, en el que se invoca la infracción del turno de designación de instructor como un garantía formal, pero no se aduce una lesión o perjuicio material por la falta de seguimiento de dicho turno ni se alega cualquier circunstancia de inidoneidad del instructor efectivamente nombrado".

V.4.2. Archivo

El rigor del control jurisdiccional es menos estricto cuando se recurre una resolución de archivo que cuando se recurre una resolución sancionadora. STS de 12 de junio de 2012 (RC 2069/2009).

"En el segundo motivo la parte aduce que la Sentencia recurrida no valora debidamente los comportamientos de la denunciada en el mercado relevante (el mayorista); que establece erróneamente que hubo competencia real ex ante y que hubo concurrencia efectiva por la adquisición de derechos; que la Sentencia considera, también erróneamente, que se dio lugar a un supuesto beneficio para los espectadores; y, por último, que aun ostentando una posición de dominio en el mercado de reventa de los

derechos del mundial de fútbol, la Sexta no abusó de dicha posición porque los acuerdos con Sogecable se basaron en razones estrictamente económicas.

El motivo no puede prosperar. En primer lugar es necesario subrayar que la resolución administrativa recurrida en el recurso a quo no es de carácter sancionador. Se trata, por el contrario, de una decisión de archivo adoptada por el Servicio y confirmada por el Tribunal de Defensa de la Competencia al no encontrar indicios de infracción que justificasen la incoación de un procedimiento sancionador. Por fuerza, en una decisión en la que no se ha ejercido la potestad sancionadora tienen mayor peso las valoraciones del órgano regulador, en la medida en que no se ha apreciado una concreta infracción jurídica y, por tanto, no se ha adoptado una decisión restrictiva de derechos; no quiere decir esto, como es obvio, que goce el órgano regulador de discrecionalidad para iniciar o no un expediente sancionador, sino simplemente que el rigor del control sobre sus decisiones es siempre más estricto cuando se proyecta sobre una resolución sancionadora en la que se aprecia una concreta vulneración de un precepto jurídico que sobre una de tipo exculpativo, en la que el juicio jurídico sobre una hipotética infracción es de carácter negativo y se traduce en una afirmación de inexistencia de indicios de irregularidad.

En el caso concreto que ahora examinamos, las apreciaciones efectuadas por la Sentencia recurrida, que avalan las efectuadas por la resolución de archivo adoptada por el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia son en todo caso valoraciones motivadas, razonables y que no resultan manifiestamente erróneas. Por su parte, las razones aducidas por la recurrente responden en realidad más a discrepancias con las de la Sala de instancia -y con las de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que es avalada por aquélla- que a evidencias de las infracciones que denuncia”. (FJ 3º).

V.4.3. Resolución

El principio de separación entre instrucción y decisión no se opone a la posibilidad para el Tribunal de Defensa de la Competencia de dar una nueva calificación jurídica a los hechos objeto de instrucción, sin que tal posibilidad se halle necesariamente limitada a una recalificación del tipo, pudiendo incluir una distinta selección o configuración de los hechos constitutivos de la infracción administrativa, siempre que se cumplan dos condiciones: que se trate de las mismas conductas investigadas y que no se produzca indefensión material de ningún tipo. STS de 30 de enero de 2012 (RC 5106/2009). (Esta sentencia contiene un voto particular discrepante).

”Frente a las afirmaciones de la empresa mercantil recurrente, la Sentencia de la Audiencia Nacional ha valorado acertadamente la validez de la actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia y, en consecuencia, hemos de dar la razón al Abogado del Estado y rechazar que se haya producido una alteración del procedimiento sancionador contraria a derecho y que se hayan conculcado los derechos de defensa de la sociedad sancionada

En efecto, en síntesis, la argumentación de la parte implica que la imputación formal efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia resultaría intangible para el Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto a los concretos hechos constitutivos de la infracción -en el caso, para el Servicio, precios excesivos en dos centrales, uno por central-, de tal forma que sólo sería posible modificar la imputación en cuanto al tipo

sancionador aplicable -que en el presente supuesto no ha sido alterado, pues en ambos casos ha sido el de abuso de posición dominante-, pero no en lo que respecta a tales hechos, con independencia del conjunto de hechos y conductas sobre los que hubiera versado el expediente sancionador. Sin embargo, ni la concreta regulación legal del procedimiento sancionador en la Ley de Defensa de la Competencia ni los principios constitucionales relativos al principio acusatorio y al derecho de defensa avalan una concepción tan extremadamente formalista del procedimiento administrativo sancionador.

Pues bien, interpretados los referidos preceptos legales a la luz de la citada jurisprudencia, está claro que tanto tras admitirse a trámite el expediente (artículo 40.2: "el Tribunal podrá disponer la práctica de cuantas pruebas...") como tras la vista o conclusiones (artículo 42.1: "el Tribunal podrá acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier diligencia de prueba..."), el Tribunal de Defensa de la Competencia puede practicar pruebas, dando en todo caso "intervención" a los interesados. Ya esta posibilidad echa por tierra las afirmaciones de la parte relativas a que se ha producido una nueva instrucción contra legem, cuando el Tribunal se ha limitado a aplicar estrictamente la posibilidad prevista con carácter expreso en el citado artículo 42 de la Ley, que ya prevé la debida intervención de los interesados -lo que se cumplió escrupulosamente, según consta en las actuaciones- al objeto de evitar toda indefensión.

A partir del reconocimiento legal de semejante posibilidad, es preciso dilucidar el alcance y objeto de esta nueva actividad probatoria. Está claro que la misma no puede tener por objeto la investigación de conductas supuestamente antijurídicas distintas a las ya investigadas, no ya tanto porque ello pudiera ocasionar indefensión -lo que podría evitarse con la preceptiva participación de los interesados-, sino porque ello debería necesariamente dar pie a un nuevo procedimiento sancionador, constituyendo lo contrario una interpretación manifiestamente irrazonable y contraria a la lógica jurídica. Ahora bien, en el marco del expediente instruido y en relación con la propia conducta investigada, está claro que dichas pruebas admiten la incorporación de nuevos datos de hecho que complementen el material probatorio a disposición del Tribunal. Hasta tal punto esto es así que el artículo 43, que comentamos seguidamente, contempla la posibilidad de una reconsideración por parte del Tribunal de la calificación decidida por el instructor en caso de que entienda "que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación". Por lo demás, en el caso de autos, las diligencias de prueba acordadas por el Tribunal consistieron en simulaciones e informes destinados a esclarecer el alcance de los comportamientos investigados, esto es, el sentido y consecuencias de la oferta de electricidad por parte de las centrales afectadas a precios inusualmente elevados en los períodos investigados; y, además, la mercantil sancionada pudo proponer nuevas pruebas que fueron parcialmente admitidas, sin que haya formulado queja alguna respecto que la denegación de las no admitidas hubiera sido determinante de indefensión.

Con ello llegamos a lo que constituye el núcleo argumental del motivo, y es que la nueva imputación formulada por el Tribunal se separa de la valoración jurídica contenida en el pliego de concreción de hechos y del informe-propuesta del Servicio y si bien aplica la misma tipificación (abuso de posición dominante del artículo 6.1 de la Ley de Defensa de la Competencia), lo hace con una distinta calificación (oferta de la energía generada a precios excesivamente elevados a fin de que no resultase casada y de que se le requiriese en fase de restricciones técnicas, frente a una calificación limitada a

la oferta de la electricidad a precios abusivos en dos días concretos) y con inclusión de hechos nuevos (se añaden las ofertas de electricidad de la central Escombreras 5 durante 2.003 y se contemplan períodos prolongados para las ofertas de las centrales de Castellón 3 a lo largo de 2.002 y 2.003 y Escombreras 4 (2.003), en vez de un día sólo para cada una de estas dos últimas centrales).

Pues bien, es preciso rechazar que en el marco del proceso administrativo sancionador regulado en la Ley de Defensa de la Competencia de 1.989, con la concreta regulación jurídica que hemos expuesto (hoy está vigente una regulación análoga en el artículo 51 de la Ley de Defensa de la Competencia de 2.007), la nueva calificación jurídica a la que se refiere el artículo 43 de la Ley sólo pueda consistir en una modificación del tipo sancionador, sin implicar la menor alteración de los hechos subsumidos en el tipo en cuestión. Antes al contrario, la previsión de nuevas diligencias probatorias (artículos 40 y 42), la audiencia al instructor (artículo 43.1) y la intervención de las partes (artículos 40, 42 y 43.1) evidencian que la nueva apreciación de la cuestión sometida a su conocimiento que lleva al Tribunal a acordar otra calificación (artículo 43.1) puede incluir una distinta selección o configuración de los hechos constitutivos de la infracción administrativa, siempre que se cumplan dos condiciones a las que ya nos hemos referido: que se trate de las mismas conductas investigadas y, por tanto, que los hechos ahora delimitados como constitutivos de la infracción se encuentren entre los que figuran en el expediente sancionador y que no se produzca indefensión material de ningún tipo.

En definitiva, es preciso concluir que la nueva calificación contemplada por el artículo 43.1 de la Ley de Defensa de la Competencia puede incluir, como efectivamente ocurrió en el presente supuesto, una distinta selección de hechos entre las mismas conductas inicialmente sospechosas de ser antijurídicas, sometidas al expediente sancionador y efectivamente investigadas. Por último, la imputación efectuada en ambos momentos es la misma, aunque con referencia a períodos distintos e incluyendo también la central de Escombreras 5, la oferta a precios excesivos en los días o en los períodos a que se ha hecho referencia. Y aunque al circunscribir la imputación a sólo dos días el Servicio la formula como abuso de su posición de dominio "en un contexto de restricciones técnicas en la zona de Levante durante los días 18 de mayo y 13 de noviembre de 2.003, mediante la aplicación de precios abusivos", del pliego de concreción de hechos se deriva inequívocamente que el Servicio atribuía dicha conducta abusiva a la finalidad de que su oferta no resultase casada y las centrales de referencia fueran llamadas a solventar las restricciones técnicas.

Cabe concluir, por tanto, que ni hubo infracción del principio acusatorio ni se produjo la menor indefensión. En efecto, la operadora eléctrica sancionada conoció en todo momento la imputación efectuada, la cual versó tanto por parte del Servicio como por parte del Tribunal sobre las mismas conductas, y pudo alegar y defenderse antes y después de la modificación de la imputación efectuada por el Tribunal y, en fin, sin que dicha modificación supusiera un cambio sobre las conductas investigadas en el expediente y sobre las que desde el comienzo de la instrucción había alegado. No hubo nada pues, en conclusión, de cambios sorpresivos de imputación ni de imposibilidad de modificar la defensa ante una nueva imputación, como sostiene la parte recurrente".

Admisibilidad de la prueba de presunciones. STS de 3 de febrero de 2009 (RC 7280/2005). En este mismo sentido, SSTs de 3 de febrero de 2009 (RC 3978/2006 y 3073/2006)

“QUINTO.- Sobre los motivos tercero y cuarto del recurso de casación, relativos al principio de presunción de inocencia.

Sostiene la parte recurrente en el tercer motivo que se ha vulnerado su presunción de inocencia al haber recurrido el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sala de instancia a la prueba de presunciones sin haber realizado ninguna actividad indagatoria de instrucción. La actuación instructora se redujo, se afirma en el motivo, a solicitar a las compañías encausadas los precios que aplicaban y a presumir que la relativa similitud existente se debía a la concertación entre ellas. Entiende la recurrente que es factible recurrir a la prueba de presunciones cuando no sea posible acreditar la infracción de ninguna otra manera, pero no aminorar la carga de la prueba basándose en el fácil recurso de las presunciones. Afirma también que se viene a requerir a las empresas sancionadas la prueba diabólica de acreditar que no han pactado precios, siendo así que sus aplicaciones son rechazadas de plano.

En el cuarto motivo se funda la infracción de la presunción de inocencia en que no han quedado acreditados íntegramente los hechos base. Así, afirma la sociedad actora que no ha quedado acreditado ni que los precios hayan sido idénticos ni que haya habido simultaneidad en las variaciones, por lo que se ha aplicado inválidamente la prueba de presunciones. En cuanto a lo primero, la sentencia solamente afirma que ha habido precios "prácticamente coincidentes (...) en la mayoría de los casos", lo que supone admitir que no ha habido identidad de precios; en cuanto a lo segundo, en ningún momento se afirma que haya habido simultaneidad en las variaciones.

(...) tiene razón la sociedad actora en que la prueba por presunciones resulta admisible en principio, en defecto o como complemento de pruebas directas, sin que pueda recurrirse a ella sin más como único procedimiento de prueba. Ahora bien, la necesidad o justificación de la prueba por presunciones en cada caso deriva del tipo de infracción y de si las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto hacen razonable y útil la práctica de cualesquiera pruebas directas. En el caso de autos, como en muchos otros en materia de defensa de la competencia, especialmente en materia de acuerdos o prácticas concertadas entre sujetos económicos, es especialmente difícil lograr acreditar de forma directa la existencia de acuerdos, por las lógicas precauciones adoptadas por quienes incurren en conductas expresamente prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia; y, en supuestos como los de conductas conscientemente paralelas, dichas pruebas pueden ser inexistentes por no existir acuerdos formales entre los sujetos afectados. En consecuencia, si el órgano instructor entendió suficiente la constatación de la evolución paralela durante un largo período de tiempo de los precios establecidos por las empresas sancionadas para considerar acreditada la concertación de los mismos, ello no supone por sí mismo que se haya vulnerado el principio de presunción de inocencia por la falta de práctica de otra actividad probatoria. Por lo demás, no parece presumible que la actividad probatoria que la parte sugiere (solicitar documentación contable, colaboración o información de terceros, interrogatorio de empleados de las empresas, solicitud de un estudio pericial sobre posibles explicaciones alternativas) pudiera aportar datos relevantes sobre la existencia de una actuación encaminada a la concertación (reuniones, acuerdos expresos), sino sobre los propios hechos base (la efectiva evolución de los precios durante el período de tiempo examinado) que están ya sobradamente acreditados y que no son disputados por la actora, o sobre la explicación alternativa, que está ya suficientemente argumentada por las partes.

En cuanto a lo sostenido en el motivo cuarto, tampoco es posible admitir la argumentación de la recurrente. Para acreditar una concertación de precios prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no es preciso ni la exacta coincidencia de los precios ni la absoluta sincronía en la sucesiva modificación de los mismos. La resolución sancionadora y la Sala de instancia han considerado que esa concertación ha dado como resultado unos precios muy próximos (con diferencias en torno a las cinco pesetas) que han evolucionado de manera paralela, exista o no una plena coincidencia en los cambios ocurridos en los precios de las tres navieras sancionadas y en el momento en que sucedieron. Lo decisivo es que los hechos base -la citada evolución paralela de los precios durante un amplio período de tiempo- sí han sido acreditados y que han sido considerados suficiente prueba para presumir la concertación. Esta Sala considera que dicha valoración de la prueba -que no puede ser revisada en casación en lo que respecta al alcance de la apreciación- ha sido suficiente para considerar desvirtuado el principio de presunción de inocencia y ha sido aplicada de conformidad con los cánones constitucionales sancionados por la jurisprudencia constitucional que la propia parte alega”.

Derecho administrativo sancionador: el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción del juzgador se forme a través de una prueba indiciaria, sin que ello suponga una vulneración del principio de culpabilidad. Doctrina de la Sala. STS de 27 de noviembre de 2012 (RC 2515/2009).

“El cuarto motivo de casación formulado por la mercantil Pescamurcia, S.L., y el cuarto motivo de casación desarrollado por Don (...), fundados en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, formuladas en relación con el derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad que rigen en el Derecho Administrativo Sancionador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Constitución, no pueden prosperar, porque la defensa letrada de las partes recurrentes se limita a cuestionar de forma vaga la existencia de pruebas de cargo para considerarles autores del ilícito tipificado en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sin exponer argumentación específica relativa a en que medida las pruebas documentales consideradas en la sentencia recurrida evidencian la concurrencia del elemento volitivo en la comisión de las conductas prohibidas descritas en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Al respecto, cabe indicar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (174/1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996, 28 de enero de 1999, 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho –se continúa afirmando la mencionada Sentencia– que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4).

De otra parte hemos mantenido que el derecho a la presunción de inocencia, incluso en el ámbito del derecho administrativo sancionador (SSTC 45/1997, de 11 de marzo; 237/2002, de 9 de diciembre, F. 2), no se opone a que la convicción del órgano sancionador se logre través de la denominada prueba indiciaria, declaración parecida a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que también ha sostenido que no se opone al contenido del art. 6.2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios (STEDH de 25 de septiembre de 1992, caso Phan Hoang c. Francia, § 33; de 20 de marzo de 2001, caso Telfner c. Austria, § 5). Mas cuando se trata de la denominada prueba de indicios la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar, no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado, sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. En suma, ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común. Es ésa, como hemos dicho, la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas, debiendo estar asentado el engarce lógico en una «comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (SSTC 45/1997, de 11 de marzo, F. 5; 237/2002, de 9 de diciembre, F. 2; 135/2003, de 30 de junio, F. 2, por todas).”

Procedimiento sancionador previsto en la Ley de Defensa de la Competencia Dictar diligencia de prueba para mejor proveer antes de las conclusiones es una irregularidad no comprendida en el artículo 62.1. de la Ley 30/1992, en la medida en que no origina indefensión a los imputados. Doctrina de la Sala. STS de 14 de octubre de 2010 (RC

195/2008). En este mismo sentido SSTS de 3 de noviembre de 2009 (RC 1820/2007), de 12 de mayo de 2010 (RC 3545/2007) y de 1 de julio de 2010 (RC 5248/2007).

“El primer motivo, fundado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "por infracción de los artículos 56.2 y 42.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 62 de la LRJPAC y con los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, que garantizan, respectivamente, el principio de seguridad jurídica y de presunción de inocencia.

En la formulación del motivo se aduce que procedía declarar la caducidad del expediente tramitado ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, teniendo en cuenta que la Sala de instancia ha infringido el artículo 56.2 LDC, que establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia dictará resolución, y la notificará, en el plazo máximo de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente, y el artículo 42.1 del mismo cuerpo legal previene el momento procesal en que han de acordarse las diligencias para mejor proveer, que conlleva la vulneración de la jurisprudencia relativa a la aplicación de ambos preceptos, entre ellas las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1977 y 7 de diciembre de 1996, cuyos principios y fundamentos recoge la resolución del propio Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 3 de junio de 1997, e igualmente, las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1997, 3 de diciembre de 2001, 25 de noviembre de 2002 y 5 de diciembre de 2002

El recurso de casación debe ser resuelto, con base en el principio de unidad de doctrina, acogiendo los razonamientos expuestos en las sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2009 (RC 1820/2007), de 12 de mayo de 2010 (RC 3545/2007) y de 1 de julio de 2010 (RC 5248/2007), en que, dando respuesta a idénticos motivos de casación, dijimos:

“(…)Sostiene la parte actora que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha infringido el procedimiento al acordar de forma irregular una providencia para mejor proveer, por lo que no habría quedado suspendido el plazo para completar el procedimiento y éste habría caducado antes de dictarse la resolución impugnada, que sería por ello nula. Recuerda la actora que el artículo 56.2 de la Ley de Defensa de la Competencia establece un plazo máximo para la notificación de la resolución de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente, y que contempla la interrupción de dicho plazo cuando se acuerde una diligencia para mejor proveer. Asimismo, el artículo 42.21 de la propia Ley estipula con toda precisión que la práctica de cualquier diligencia de prueba se podrá acordar para mejor proveer "después de la vista o transcurrido el plazo de formalización de conclusiones y antes de dictar resolución". Pues bien, el Tribunal acordó una diligencia de prueba para mejor proveer antes de dicho momento, acarreado la nulidad de la misma y, en consecuencia, la no suspensión del plazo para dictar y notificar la resolución, que habría sido dictada fuera de plazo.

[...] Las razones por las que rechazamos en nuestra sentencia precedente el primer motivo, formulado en los mismos términos que el presente, y que determinarán idéntico resultado ahora, fueron las siguientes:

"La recurrente rechaza la justificación dada por el Tribunal respecto al carácter meramente procedimental de la irregularidad ya que, afirma, la Ley de Defensa de la Competencia no admite las infracciones de ese carácter y el artículo 56.2 opera la caducidad ope legis sin ninguna restricción. Además, sostiene que la infracción

procedimental denunciada ha originado, en contra de lo que afirman tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sentencia recurrida, una lesión de sus derechos fundamentales; así, sostiene que la citada providencia para mejor proveer ha conculcado el derecho a la presunción de inocencia, ya que perseguía conocer los datos de facturación de las empresas, a los efectos de calcular la sanción, aun antes del resultado de la valoración de la prueba.

El motivo debe ser rechazado. Tal como admitió en la resolución sancionadora el propio Tribunal de Defensa de la Competencia, efectivamente se incurrió en la infracción procedimental consistente en que la diligencia para mejor proveer encaminada a recabar determinados datos económicos de las empresas expedientadas se dictase en febrero de 2.004, antes de que se hubieran recibido los escritos sobre la valoración de las pruebas y, por ende, mucho antes de que se cumplimentara el trámite de conclusiones en junio. Sin embargo, tal como sostienen tanto el propio Tribunal como la Sala de instancia, dicha infracción procedimental en cuanto al momento de acordar la referida diligencia no acarrea su nulidad ni invalida la suspensión del plazo para dictar y notificar la resolución prevista en el artículo 42.1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

En efecto, es claro que no se trata de una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, ya que no supone ni ausencia absoluta del procedimiento ni ha causado vulneración de derechos fundamentales. Lo primero porque, como es evidente, la diligencia se acordó en el curso de un procedimiento y la equivocación del momento para aprobarla no supone que no existiese ni se respetase en lo fundamental dicho procedimiento. En cuanto a la posible lesión de derechos fundamentales, porque también resulta evidente que la petición antes de tiempo de los datos económicos de las empresas para poder modular, en su caso, la sanción, no ha originado ninguna indefensión a las empresas afectadas, que ha podido aportar dichos datos y decir todo lo que les pareciera oportuno al respecto en sus escritos de conclusiones. Y es palmariamente infundada la alegación de que dicha petición de datos vulneró la presunción de inocencia porque prejuzgaba la imposición de una sanción: a ese respecto es indiferente que tales datos se solicitasen antes o después del trámite de conclusiones, puesto siempre habría sido con anterioridad a la propia resolución que pusiera fin al expediente y en ningún caso supone indicio alguno de que la resolución sancionadora no se adoptase en virtud de sus propios fundamentos.

En consecuencia, tratándose de una infracción procedimental que no ha acarreado perjuicio alguno para las empresas afectadas, la diligencia para mejor proveer ha surtido todos sus efectos, incluida la suspensión del plazo para resolver y notificar, tal como estipula el artículo 56.2 de la Ley de Defensa de la Competencia."

V.4.4. Caducidad

La declaración de caducidad del expediente sancionador no impide la incoación de un nuevo procedimiento, en cuanto no haya prescrito la infracción, pues la caducidad del expediente no determina la pérdida de valor probatorio de las actuaciones previas de comprobación. La apertura del segundo procedimiento sancionador no vulnera el principio constitucional "non bis in idem". STS de 1 de marzo de 2012 (RC 1298/2009).

“El primer motivo de casación no puede prosperar, pues consideramos que la Sala de instancia no ha realizado una interpretación irrazonable o arbitraria de los artículos 92.4 y 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al sostener, siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 24 de septiembre de 2001 (RCA 16/2000), que la declaración de caducidad del expediente sancionador 534/03, acordada por el Tribunal de Defensa de la Competencia por resolución de 18 de febrero de 2003, por haberse superado el plazo máximo de duración de la fase procedimental seguida ante el Servicio de Defensa de la Competencia, no determina la invalidez o pérdida del valor probatorio de las actuaciones previas de comprobación incorporadas al expediente incoado por denuncia presentada ante el Servicio de Defensa de la Competencia por la mercantil ONDUPACK el 20 de marzo de 2003.

En efecto, conforme a la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en la mencionada sentencia de 24 de septiembre de 2001 (RCA 16/2000), del artículo 92.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al que se remite el artículo 44.2 del mismo texto legal, no se desprende que la aplicación del instituto de caducidad en un expediente sancionador impida la incoación de un nuevo procedimiento, en cuanto no haya prescrito la infracción, sin que la circunstancia de que el mismo expediente se funde en los mismos documentos que determinaron la incoación del expediente caducado suponga una violación de los principios que rigen la tramitación de los procedimientos sancionadores.

Por ello, no cabe compartir la tesis impugnatoria formulada por la defensa letrada de la Asociación recurrente, de que la apertura del segundo procedimiento sancionador vulnera el principio constitucional non bis in idem, que impide, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 91/2009, de 21 de julio, desde la perspectiva material, que una misma persona física o jurídica sea sancionada dos veces con el mismo fundamento, y, desde una perspectiva formal o procedimental, la duplicidad de procedimientos sancionadores en los que concurra la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, pues resulta evidente que la Asociación Española de Fabricantes de Cartón Ondulado sólo ha sido sancionada una vez, por resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de marzo de 2004, en relación con los hechos imputados por el Servicio de Defensa de la Competencia puestos de manifiesto en la denuncia presentada el 20 de marzo de 2003 por la mercantil Ondupack contra AFCO y CARTISA”.

V.5. Régimen sancionador

V.5.1. Criterios para la determinación del importe de las sanciones

La Administración posee un margen de apreciación para determinar la cuantía de una sanción, atendiendo a sus criterios específicos de graduación. STS de 8 de marzo de 2012 (RC 3227/2009) En este mismo sentido STS de 8 de marzo de 2012 (RC 1589/2009).

“En este sentido, cabe recordar que, conforme a la reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del

Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 8 de junio de 2010 (RC 4216/2007), el Tribunal de Defensa de la Competencia ostenta un margen de apreciación en la determinación de la cuantía de las sanciones, atendiendo a los criterios específicos de graduación de la sanción, establecidos en el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, con el fin de lograr que las empresas ajusten estrictamente su comportamiento al Derecho de la Competencia. El Tribunal de Defensa de la Competencia debe respetar, en todo caso, el principio de proporcionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que la sanción sea acorde con la naturaleza propia de la infracción, considerando las repercusiones concretas en el mercado y la dimensión geográfica del mercado, la duración de la conducta, la intencionalidad en la comisión del hecho infractor y la reincidencia en la comisión de infracciones, así como la capacidad económica del sujeto responsable de la infracción para infringir daños a los competidores y los perjuicios causados a los consumidores”. (FD 7º)

V.5.2. Prescripción de las infracciones

La comisión de una conducta reiterada y la existencia de un acuerdo posterior que ratificó el acuerdo prohibido son hechos que interrumpen la prescripción de las infracciones. STS de 26 de mayo de 2009 (RC 6191/2006)

“La entidad recurrente aduce en la demanda en su primer motivo de impugnación la prescripción de las infracciones que se sancionan porque, a su juicio, la infracción que se le imputa la constituyen los acuerdos llevados a cabo en el seno del denominado Grupo Mixto de 20 de abril de 1994 y el acuerdo de incoación del expediente se comunica a Banesto el día 4 de octubre de 1999, momento en el cual ya habían transcurrido cinco años y medio, plazo que supera el que para la prescripción señala el artículo 12 de LDC en su nueva redacción.

El motivo debe desestimarse conforme a lo que ya se dijo en la sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 2007, resolviendo un asunto similar al presente, en la que se tuvo en cuenta, al igual que debe tenerse presente en el caso actual, que hubo una conducta reiterada en ejecución de dichos acuerdos y en que hubo un acuerdo posterior que ratificaba el anterior, hechos que interrumpieron la prescripción. Se dijo en dicha sentencia que:

<<"El argumento central del motivo no es tanto si la Sala acertó o no al considerar como plazo de prescripción el de cinco años (en vez de los cuatro propugnados por la entidad recurrente) sino que, en todo caso, la infracción estaría prescrita tomando como dies a quo la fecha del acuerdo adoptado en "el seno del denominado Grupo Mixto", esto es, el día 20 de abril de 1994.

Sostiene la recurrente que "si esta es la fecha [20 de abril de 1994] en que se considera cometida la infracción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 16/89 el término de la prescripción empezó a correr desde ese día y el mismo se interrumpió, de conformidad con el apartado 2 del mismo precepto", cuando el Servicio de Defensa de la Competencia acordó la incoación del expediente (27 de septiembre de 1999) y lo notificó (6 de octubre siguiente) al Banco.

A juicio del recurrente, en este último momento (esto es, el 6 de octubre de 1999, fecha en que se comunica el acuerdo de incoación del expediente) "había transcurrido con exceso el plazo de [...] prescripción [...] cualquiera que sea el plazo de 4 o 5 años que se contemple."

El motivo no puede ser estimado. De un lado, porque no tiene en cuenta que en el relato de hechos probados de la sentencia, anteriormente transcrito, consta cómo después de la citada reunión del "Grupo Mixto", en fecha no determinada pero no posterior al 10 de junio de 1999, las entidades concertadas suscribieron un acuerdo sobre los criterios de exclusión de establecimientos. La Sala de instancia manifestará, además, en el fundamento jurídico quinto de su sentencia, que "los hechos se cometieron durante los años 1.994 y siguientes". El dies a quo no es, pues, el que pretende la entidad recurrente. Tanto por esta circunstancia como, sobre todo, porque la práctica prohibida no consistió tan sólo en la suscripción de un mero acuerdo sino en su ejecución continuada durante los años sucesivos, la infracción de estas características no había prescrito cuando en 1999 se inició el expediente sancionador".>>

V.5.3. Prescripción de las sanciones

Plazo de prescripción de las sanciones. Interpretación del artículo 132.3 de la LRJAP-PAC. Dies a quo a efectos de entender que un acto es firme no es la fecha en que el acto ganó firmeza en vía administrativa, con independencia de que hubiere sido recurrido.

En la sentencia recurrida el tribunal de instancia rechazó que pudiera considerarse prescrita la acción de la Administración para exigir el pago de la multa, conclusión de la que discrepa la sociedad recurrente en casación. El recurso versa sobre el plazo de prescripción de la sanción misma, una vez impuesta.

“Tercero.- El debate en la instancia se reproduce ahora en casación y consiste básicamente, según ya hemos avanzado, en determinar si como día inicial para el cómputo de la prescripción de las sanciones hay que tomar, cuando se hayan interpuesto recursos jurisdiccionales, la fecha de la denominada "firmeza administrativa" del acto impugnado o, por el contrario, la fecha en que se produzca la "firmeza de la sentencia judicial" que hubiera rechazado el recurso interpuesto contra la validez del acto administrativo sancionador.

Tanto la Administración como el tribunal de instancia interpretan el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 en el sentido de que el plazo de prescripción de las sanciones comienza a correr cuando el recurso jurisdiccional contra el acto sancionador haya concluido por sentencia firme que corrobore la validez de aquél. A su juicio, el "día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la cual se impone la sanción" es la fecha inmediata posterior a la firmeza de la decisión judicial, si es que se interpuso el oportuno recurso jurisdiccional frente a la decisión administrativa. En el caso de autos, pues, habiendo estado sub iudice la validez del acto sancionador desde 1999 hasta la sentencia de 30 de mayo de 2006, no habría prescrito la sanción impuesta cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia exigió su pago el 8 de marzo de 2007.

La tesis de la sociedad recurrente es, por el contrario, que la "firmeza" a la que se refiere el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 es la que se produce en vía administrativa, previo

agotamiento de los recursos internos en su caso, pues es entonces cuando la Administración puede ejecutar sus actos. Si estos tienen carácter sancionador, son recurridos en vía judicial y el juez no accede a la suspensión cautelar (como en este caso ocurrió) se abre la posibilidad de que la Administración ejecute sus propias decisiones a partir de aquel momento, que se convierte en la fecha de comienzo o dies a quo para el cómputo del plazo prescriptivo. Dado que la demora de la Administración en ejecutar sus actos se prolongó en este supuesto desde 1999 (año en que la Sala de la Audiencia Nacional resolvió no suspender la ejecución de la multa impuesta) hasta 2007, transcurrió con exceso el plazo de cuatro años que la Ley de Defensa de la Competencia fija para que prescriban las sanciones. Este es, en síntesis, el planteamiento argumental de los dos motivos casacionales, que abordaremos de modo conjunto al estar entrelazados.

Cuarto.- La denominada "prescripción de la sanción" describe un efecto jurídico vinculado al transcurso del tiempo sin que la sanción misma, una vez alcanzada la firmeza de la resolución en cuya virtud se impone, haya sido ejecutada. En realidad se trata de una modalidad de prescripción de la acción administrativa: lo que prescribe o se extingue es la acción de la Administración para proceder, en este caso, a la ejecución y cobro de la multa impuesta. La sanción propiamente dicha subsiste (e incluso podría eventualmente producir ciertos efectos) mientras no sea cancelada, pero deviene ya inejecutable cuando se ha consumido el lapso de tiempo que la Ley marca al efecto.

Como toda institución de este género, el substrato o fundamento jurídico de la prescripción en materia sancionadora es debatido: para algunos hace prevalecer el valor de la seguridad jurídica sobre el de la justicia retributiva "imperecedera" y para otros se trata de un instrumento pragmático cuyo designio es simplemente evitar los efectos no deseados de situaciones que se mantienen en el tiempo más allá de lo razonable. Con uno u otro fundamento lo cierto es que el legislador considera preferible o bien que no sean sancionadas ciertas conductas antijurídicas una vez que ha transcurrido "demasiado" tiempo desde su comisión (prescripción de las infracciones), o bien que la tardanza "excesiva" en ejecutar las sanciones ya impuestas, sobrepasado un plazo determinado, se traduzca en su definitiva extinción (prescripción de las sanciones). En este último caso, los sancionados conocen de antemano, por virtud de la previsión legal, durante cuánto tiempo permite la Ley que las sanciones impuestas y dotadas de "firmeza" puedan ser ejecutadas por la Administración.

(...)

Quinto.- A los efectos que siguen entenderemos por actos firmes en vía administrativa aquellos contra los que no cabe ya ulterior recurso administrativo. En la práctica puede considerarse que coinciden con los actos que "ponen fin a la vía administrativa" (artículo 109 de la Ley 30/1992), aunque resulte posible que ganen firmeza en vía administrativa actos que en principio no la agotarían, por caber contra ellos recursos de alzada, pero frente a los cuales se haya aquietado su destinatario.

La "firmeza" de las resoluciones a la que se refiere el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 es la que se produce en vía administrativa. Que ello es así se aprecia con claridad cuando se trate de resoluciones sancionadoras que hayan agotado, en su caso, la vía administrativa contra las que no se haya interpuesto recurso jurisdiccional. En dichos supuestos nadie discute que si el plazo de prescripción de la sanción impuesta comienza a contarse "desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la cual se impone la sanción" (por seguir la dicción literal del precepto), el dies a quo es

justamente la fecha siguiente a aquella en que la resolución sancionadora ha "ganado" firmeza en vía administrativa.

Un segundo argumento en favor de la tesis sobre la naturaleza administrativa de la firmeza a la que se refiere el artículo 132.3 de la Ley 30/1992 es que este cuerpo legal regula tan sólo las incidencias propias del procedimiento administrativo hasta su conclusión (esto es, hasta que los actos a los que se preordena el procedimiento culminan su itinerario en vía administrativa) y no se refiere a las vicisitudes posteriores derivadas de su impugnación jurisdiccional.

Los diversos preceptos de la Ley 30/1992 que aluden a los actos administrativos "firmes" se aplican a los que lo son en vía administrativa, tanto si algunos de aquellos preceptos utilizan precisamente esta última expresión (es el caso del artículo 108 que permite el recurso extraordinario de revisión contra actos "firmes en vía administrativa") como si aluden simplemente a "actos firmes". Cuando el artículo 102.4 de la Ley 30/1992 establece la subsistencia de los "actos firmes" anteriores a la declaración de nulidad de una disposición general; el artículo 115 dispone que la falta de interposición del recurso de alzada implica que la resolución sea "firme a todos los efectos"; o el artículo 131.3 trata de la agravante de reincidencia por la comisión de una infracción precedente de la misma naturaleza así declarada en "resolución firme", unos y otros se refieren a aquellos actos que han ganado firmeza en vía administrativa.

En este mismo sentido, y a los efectos de la agravante de reincidencia en conductas sancionables a título de la Ley de Defensa de la Competencia, analizamos los términos "resolución administrativa firme" dentro del contexto de la Ley 30/1992 en nuestra sentencia de 23 de marzo de 2005 (recurso de casación número 4777/2002) que se hace eco de las en ella citadas, así como en sentencias posteriores.

Sexto.- La consecuencia derivada de la firmeza administrativa del acto sancionador es, en nuestro sistema, su ejecutividad (artículo 138.3 de la Ley 30/1992), cualidad no necesariamente asociada a aquélla pues caben, en efecto, actos ejecutivos aún no firmes. Hasta aquí el esquema conceptual de la Ley 30/1992 es congruente y, repetimos, se limita a regular los efectos jurídicos que se anudan a los actos administrativos firmes en vía administrativa y ejecutivos. El reverso del binomio firmeza-ejecutividad es, precisamente, el comienzo del cómputo del plazo de prescripción de la sanción administrativa, una vez que la resolución en cuya virtud se impone goza de aquellas dos cualidades sin restricción alguna (artículo 132.3 de la Ley 30/1992).

Destacaremos, en este momento, que la Administración "facultada" para ejecutar sus propias decisiones sancionadoras está también condicionada a hacerlo dentro de los plazos legales, salvo que las deje sin efecto o las suspenda (artículos 94, 111 y 138 de la Ley 30/1992). Si no las ejecuta dentro del lapso marcado por la Ley para la prescripción de la acción tendente a exigir su cumplimiento, dicha acción se extingue.

Séptimo.- Los problemas surgen cuando las resoluciones sancionadoras "firmes en vía administrativa" y, por lo tanto, ya ejecutivas en principio, son objeto de recurso jurisdiccional. Y sobre ello no se pronuncia en realidad la Ley 30/1992, salvo de modo colateral en el artículo 111.4 (introducido por la reforma de 1999), remitiendo todo lo relativo al régimen de impugnación jurisdiccional de aquellas resoluciones, también en sede cautelar, a lo que disponga la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Consideraciones ligadas al derecho a la tutela judicial efectiva determinaron que el Tribunal Constitucional (por todas, sentencia constitucional 78/1996) reputase contraria al artículo 24 de la Constitución la ejecutividad inmediata de las resoluciones administrativas sancionadoras contra las que se hubiera interpuesto un recurso jurisdiccional con petición de suspensión de aquéllas, mientras no recayese la decisión cautelar del juez. Si esta última fuese contraria a la suspensión de las sanciones impuestas, el carácter ejecutivo de la resolución administrativa, hasta entonces diferido, recobra su virtualidad plena.

En este mismo sentido el ya citado artículo 111.4 de la Ley 30/1992 permite que la suspensión acordada en vía administrativa "pueda prolongarse sin solución de continuidad hasta la sede jurisdiccional", esto es, hasta que el juez resuelva lo procedente. En concreto, dispone aquel precepto que "la suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud."

La conexión de los dos sistemas normativos (el aplicable al procedimiento administrativo y el aplicable a la revisión jurisdiccional) en este punto implica que debe, obviamente, estarse a lo que resulte de la decisión cautelar adoptada por el juez. Si ésta resulta contraria a la suspensión de la resolución sancionadora, dicha resolución, que nunca perdió su cualidad de "firme en vía administrativa" (sin la que no podría ser impugnada), despliega de nuevo su carácter ejecutivo. El inicial obstáculo a su ejecutividad, derivado de la interposición del recurso judicial con solicitud de medida cautelar, resulta en tales casos desbloqueado o desactivado por virtud de la decisión del órgano jurisdiccional llamado precisamente a resolver sobre la suspensión del acto impugnado, que la deniega. Y desde ese mismo momento la Administración tiene expedita su acción para proceder a la ejecución del acto (en lo que aquí importa, al cobro de la multa impuesta), con la consecuencia de que su demora más allá del plazo fijado en la ley para hacerlo (esto es, para que prescriba la sanción) acarrea el efecto extintivo de la acción de cobro.

La conclusión anterior resulta, por lo demás, coherente con el principio que inspira el régimen general de la prescripción extintiva: el tiempo para la prescripción de las acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará "desde el día en que pudieron ejercitarse" (artículo 1969 del Código Civil).

(...)

Noveno.- De lo anterior se infiere que tanto los argumentos de la Sala de instancia en la sentencia ahora impugnada como los contenidos en la resolución de 9 de julio de 2007 del Tribunal de Defensa de la Competencia no pueden tener acogida favorable y deben prosperar los dos motivos casacionales, conjuntamente examinados.

En la resolución de 9 de julio de 2007 afirmaba el Tribunal de Defensa de la Competencia para respaldar su tesis que "[...] la ejecutividad del acto administrativo deriva de una potestad propia de la Administración que tiene su contrapartida en la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, prevista en el artículo 24 de la Constitución. Esto lleva a que, para que el régimen jurídico preserve razonablemente el derecho a la tutela judicial efectiva, el plazo de prescripción de las sanciones empiece a

contar desde que la Resolución administrativa haya sido confirmada definitivamente después de haberse resuelto, en su caso, la controversia judicial sobre su validez y eficacia jurídica".

La argumentación, decimos, no puede ser compartida. El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, en lo que se refiere al cobro de las sanciones pecuniarias impugnadas, defiriendo su ejecución a resultas de lo que resuelvan los órganos jurisdiccionales a quienes se haya solicitado, cautelarmente, la suspensión de aquéllas. La decisión del juez en la pieza de medidas cautelares, sea de un sentido o de otro, proporciona a ambas partes del litigio la "tutela judicial" a la que tienen derecho. Si el órgano jurisdiccional no ve motivos para suspender la ejecutividad de la multa impuesta, la Administración se encuentra frente a un acto revestido de este carácter y respecto del cual corre el cómputo del plazo de prescripción en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro.

Añadía igualmente el Tribunal de Defensa de la Competencia que "[...] el hecho de que un acto administrativo sea ejecutable por haberse agotado la vía administrativa no supone que necesariamente tenga que ser objeto de su ejecución con la adopción de las medidas necesarias para ello". Pero, con independencia de que resulte cuestionable reconocer una especie de libre "disponibilidad" de la ejecución de sus propios actos a cargo de los órganos administrativos, lo cierto es que la consecuencia de la inactividad de la Administración sancionadora en la fase de ejecución es que entre en juego precisamente el instituto de la prescripción de las sanciones, una vez transcurrido el período de tiempo legalmente previsto al efecto.

En fin, no tiene demasiado sentido que la misma Administración que en vía cautelar se opuso a la suspensión de la ejecutividad de la sanción por ella impuesta (y tuvo éxito en esta pretensión, según ya ha sido dicho) actúe a continuación, una vez denegada la suspensión cautelar de la multa, como si la decisión jurisdiccional cautelar hubiera sido favorable al sancionado. La tesis implícita en las resoluciones ahora impugnadas -y en la sentencia que las confirma- abocaría en realidad a propugnar la imposibilidad automática de ejecutar las resoluciones sancionadoras mientras su fondo -y no sólo su suspensión cautelar- permaneciese sub iudice y ello incluso cuanto la decisión cautelar del juez haya sido, precisamente, favorable a la propia ejecución del acto impugnado. En otras palabras, abocaría a la práctica inoperancia del régimen mismo de medidas cautelares pues, tanto si se concedieran como si se denegaran respecto de las sanciones administrativas, éstas no podrían ejecutarse hasta tanto fuera confirmada su validez por la sentencia que ponga fin al litigio. En las actuales coordenadas normativas aplicables a este litigio -incluida la interpretación constitucional a la que antes nos hemos referido- es una tesis que no puede prosperar".

NOTA: Esta misma doctrina ha sido mantenida recientemente por la Sala en sentencia de 6 de junio de 2012 al desestimar el recurso de casación número 4365/2009 interpuesto por el Abogado del Estado contra otra sentencia, también de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que había apreciado la prescripción de la sanción en un caso similar al que ahora nos ocupa.

- VI. Derecho a la huelga
 - VI.1. Competencia para el establecimiento de servicios mínimos
 - VI.2. Sobre la motivación de la resolución que establece los servicios mínimos

VI. Derecho a la huelga

VI.1. Competencia para el establecimiento de servicios mínimos

“Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la cuestión controvertida en diversos recursos de casación, como se resume en la Sentencia de 17 de noviembre de 2.008 (RC 2.032/2.004) y ha determinado que son "autoridad gubernativa" y, por ende, órganos competentes para establecer servicios mínimos, todos aquéllos que por su forma discrecional de nombramiento y cese tiene carácter político y poseen, por tanto, capacidad para adoptar decisiones de gobierno en el ámbito de sus atribuciones (...)Con arreglo a los criterios expresados, puestos en relación con el artículo 3.1 g) del Real Decreto 1476/04, de 18 de junio, que atribuye expresamente la competencia para el establecimiento de servicios mínimos "la supervisión y seguimiento de los programas de actuación plurianual de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales adscritos a la Secretaría General" -en términos idénticos al artículo 7.2 c) del Real Decreto 1475/00, de 4 de agosto- al Secretario General del Ministerio de Fomento, la condición de órgano ejecutivo de carácter político, por su designación -y libre separación- artículo 16 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, y las funciones propias, artículo 3 del citado Real Decreto, ha de reconocerse al Secretario General del Ministerio de Fomento, como órgano ejecutivo de carácter político. Por las indicadas

razones, la Sentencia de instancia contradice nuestra doctrina al negar -frente lo que hemos expuesto- que el Secretario General de Infraestructuras del Ministerio de Fomento tenga la consideración de autoridad gubernativa para la fijación de los servicios mínimos en la huelga de transportes ferroviarios” (STS de 20 de octubre de 2011 –RC 885/2009-).

VI.2. Sobre la motivación de la resolución que establece los servicios mínimos

“(…) dada la identidad de tales términos con el supuesto contemplado en la Sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 2.008 (RC 1.833/2.006), dictada en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, resulta procedente reproducir también lo que dijimos entonces. Téngase en cuenta, por lo demás, que en aquel supuesto y a diferencia de lo que ahora ocurre, la Sentencia de instancia había anulado la resolución administrativa que establecía los servicios mínimos por insuficiencia de la motivación -lo que se impugnaba en casación por el Abogado del Estado-, que era idéntica a la impugnada en el presente asunto por el sindicato SFF-CGT. En aquella ocasión dijimos: “QUINTO.- El recurso no puede prosperar porque, efectivamente, como apunta la Sentencia de instancia, la resolución recurrida por SCF carece de la necesaria motivación porque la que ofrece no satisface los requisitos que, según la doctrina del Tribunal Constitucional y la constante jurisprudencia de esta Sala, han de cumplir las resoluciones de la autoridad gubernativa que, ante la convocatoria de una huelga que afecta a los servicios esenciales de la comunidad, fijan los mínimos que han de garantizarse. Requisitos que pueden condensarse en la exigencia de justificar por qué, es decir, con arreglo a qué criterios, en las particulares circunstancias de tiempo y lugar en que se producirá la huelga, y atendiendo a las características del servicio de que se trate, se fijan unos determinados mínimos y no otros. Por tanto, no constituyen motivación válida las justificaciones abstractas o genéricas, válidas para cualquier conflicto y, por tanto, desvinculadas del contexto en el que tiene lugar la convocatoria. En particular, viene reclamando la Sala para considerar ajustadas a Derecho las resoluciones de este tipo, entre otras cosas, que expliquen por qué, en una huelga de transporte ferroviario como ésta se debe mantener un determinado nivel de circulación de trenes y no otro diferente, superior o inferior, en cada tipo de recorridos. Esto no significa que deba efectuarse una extensa justificación pues, efectivamente, puede expresarse de forma sucinta. Ahora bien la concisión tiene que ser compatible con el ofrecimiento de las claves en virtud de las cuales se llega, en este caso, al número concreto de cada clase de trenes que han de circular en cada período y trayecto considerados. Sólo cuando la motivación ofrece las claves concretas que explican tales extremos es posible valorar y combatir judicialmente, de ser el caso, la limitación del derecho a la huelga. Sólo cuando hay una motivación suficiente en los términos en que la estamos caracterizando será posible establecer en sede jurisdiccional si son o no proporcionados. En definitiva, de esa motivación singular, ceñida a una convocatoria determinada y expresiva de las razones que llevan a fijar dichos servicios mínimos, depende el juicio sobre si la autoridad gubernativa que los ha impuesto ha respetado el derecho fundamental a la huelga tal como lo ha definido el Tribunal Constitucional. Cuanto estamos señalando ha sido afirmado en numerosas Sentencias de esta Sala que han resumido la doctrina del Tribunal Constitucional y los criterios jurisprudenciales que venimos manteniendo. Baste, por tanto, con mencionar las de 12 de marzo (casación 358/2003), 19 de febrero (casación 2739/2004 y 8252/2002) y 15 de enero, todas de 2007 (casación 7145/2002), así como la de 30 de noviembre de 2006 (casación

2874/2002) y, en especial, la de 19 de enero de 2007 (casación 2379/2004) que aplicó esos criterios en un supuesto semejante al que se da en este proceso. A la luz de ellos, la desestimación del motivo se impone sin dificultad, pues sucede que, tal como apreció la Sala de instancia, la resolución impugnada por SCF únicamente ofrece razones genéricas y estereotipadas ya que se limita a decir que la huelga: a) afecta a la totalidad de los viajeros de todo el ámbito nacional, por lo que perjudica especialmente el derecho de los ciudadanos a la libre circulación por el territorio nacional; b) ocasionaría un especial trastorno a los usuarios sin medios alternativos de transporte, principalmente los que utilizan los trenes de cercanías, los regionales y los de grandes líneas; c) en el caso de las mercancías, podría afectar al desarrollo de importantes actividades productivas y a la garantía del transporte de determinadas mercancías perecederas y materias peligrosas; d) sin los servicios mínimos suficientes para obviar esas dificultades originaría un daño innecesario para los ciudadanos, superior al que padecerían en otras circunstancias. Obviamente, con estos criterios no es posible saber, por ejemplo, por qué el Ministerio de Fomento llegó a la conclusión de que en horas punta debía circular el 75% de los trenes de cercanías y fuera de ese horario el 50%. O el motivo por el que debían circular los trenes señalados en los ocho días para los que fija servicios mínimos. En definitiva, el recurso de casación no puede prosperar” (STS de 20 de octubre de 2011 –RC 885/2009-).

VII. Derecho administrativo sancionador

VII.1. Aplicación de la norma retroactiva más favorable aunque no haya sido alegada por la parte

VII.2. Caducidad

VII.3. Carga de la prueba

VII.4. Criterios de graduación de las sanciones. Improcedencia de la cita instrumental en casación de los principios generales contenidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre

VII.5. Publicación de las sanciones en el BOE. Inexistencia de retroactividad prohibida

VII.6. Reincidencia y firmeza del acto administrativo sancionador

VII. Derecho administrativo sancionador

VII.1. Aplicación de la norma retroactiva más favorable aunque no haya sido alegada por la parte

“La Sala de instancia, a pesar de que ninguno de los recurrentes introdujo ni invocó la cuestión que les podía beneficiar, procedió a la aplicación retroactiva de la norma más favorable con fundamento en lo establecido en el art 9.3 CE. Tal interpretación era obligada para el Tribunal en cuanto le correspondía examinar la corrección de la resolución impugnada utilizando parámetros del derecho sancionador, siendo uno de

ellos el principio de aplicación retroactiva de la norma, de necesaria observancia por parte del Juzgador con independencia de su efectiva alegación por las partes del proceso. La peculiaridad de las normas sancionadoras determina que los Tribunales en sus decisiones deban necesariamente realizar una interpretación acorde con los principios de esta naturaleza entre los que se encuentra, sin duda, el aludido que determina que deba acudirse a la norma más favorable. De forma que, en principio, puede no existir vulneración de las garantías procesales cuando el Juez o Tribunal decide o adecua su pronunciamiento a los principios de orden sancionador, aun cuando no fueran formal y expresamente invocados, por ser consecuencia inescindible y necesaria de la naturaleza de la cuestión debatida en el proceso. Más concretamente, no se advierte la lesión de las garantías del proceso porque la decisión judicial se sustenta en la aplicación de oficio de principios sancionadores en cuanto manifestación del principio de legalidad ineludible al derivar de un mandato constitucional. Esta doctrina ha sido aplicada en algunos supuestos, como sucedió en el reciente recurso de casación tramitado bajo el número 5758/2006 resuelto por esta Sala en sentencia de 2 de junio de 2009, en el que constatábamos que la sola aplicación por la Sala de los principios del orden sancionador no generaron indefensión material. En aquella ocasión, la Abogacía del Estado denunciaba exclusivamente la quiebra de las garantías procesales originada por la circunstancia de que la Sala no hiciera uso de las facultades contempladas en los artículos 33.2 y 65 LJCA, pero sin precisar ni argumentar que con tal omisión se originaba una verdadera limitación o merma del derecho de defensa de la recurrente. Razonábamos tal circunstancia en los siguientes términos: "En los casos en que se invoque como motivo de casación el quebrantamiento de los actos y garantías procesales -que es lo que realmente aquí ha ocurrido, más que una propia incongruencia-, se exige por el artículo 88.1.c) que el defecto haya producido indefensión. Como quiera que el Abogado del Estado no ha expresado nada sobre que la aplicación de la norma más benigna era inadecuada, esta Sala no puede apreciar si se le ha producido indefensión, o si la estimación del motivo sólo operaría una retroacción de actuaciones que a nada conduciría, en el caso de que efectivamente fuere aplicable el conocido principio de retroacción de la Ley favorable" (STS de 9 de junio de 2009 –RC 6288/2006-).

VII.2. Caducidad

“La Sentencia de Instancia no aprecia la caducidad del expediente porque hay aquí se dan dos procedimientos, uno, que es el procedimiento inspector que se inicia por la Comisión Nacional de la Energía, que actúa a modo de información previa, y que se sigue por el RD 1398/1993, de 4 de agosto, por expresa remisión de la Ley de Hidrocarburos, y otro, que es el procedimiento sancionador propiamente dicho. El primero carece de plazos porque del mismo no se derivan consecuencias desfavorables; incluso la caducidad de aquel no obsta el inicio del expediente sancionador. La entidad recurrente sostiene la caducidad del expediente sancionador, habida cuenta de que entre el comienzo de las actuaciones inspectoras el 27 de noviembre de 2007 y el 3 de abril de 2008, fecha en que se aprueba el acta levantada, ha transcurrido el plazo establecido en el artículo 42 de la Ley 30/1992. Según hemos afirmado en otras ocasiones, como por ejemplo en la reciente sentencia de 28 de febrero de 2006 recaída en el recurso de casación número 5739/2003, referido a unos requerimientos de información a los que se imputaba estar incurso en causa de caducidad, "[...] hay que tener en cuenta que el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 establece de forma expresa que con anterioridad al acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo, puede el órgano competente "abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso

concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento". Pues bien, no puede entenderse que la resolución de [...] abriera un procedimiento en sentido estricto, sometido a un plazo de duración determinado y a la subsiguiente caducidad, sino un período informativo en el sentido del artículo 69 que podría dar lugar, en su caso, a un procedimiento sancionador o de intervención." En el caso de autos existen ciertamente una serie de actuaciones preliminares antes de la incoación formal del expediente de incumplimiento, cuya sucesión de hechos y trámites fue la siguiente. A) El 27 de noviembre de 2007 el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía decide la apertura de un expediente informativo encaminado a analizar las causas de la situación de indisponibilidad del parque de generación entre las fechas 12 y 19 de noviembre de 2007, así como los aspectos técnicos relacionados con la garantía de suministro en 2007 B) El acta se levanta el día 1 de febrero de 2008 y tras el traslado a la demandante para alegaciones, sin evacuar el trámite, la misma es aprobada por el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía el día 3 de abril, siendo notificada el día 8 de abril de 2008. C) Por acuerdo de 23 de octubre de 2009 se inicia el expediente sancionador por el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía, por presunto incumplimiento de la obligación de presentar ofertas de venta de energía respecto de la central térmica de Foix durante el mes de noviembre de 2007. A partir de este relato de trámites y habida cuenta de que nada impide que se realicen actuaciones previas a la apertura de un expediente sancionador, es precisamente la fecha de inicio oficial de éste (acto sujeto a determinadas formalidades que ahora no es del caso mencionar) la que marca el inicio del plazo para resolverlo y, por consiguiente, el eventual cómputo de la caducidad del procedimiento mismo. En la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 2007 (RC 252/2005) se aludía a aquella otra anterior de 28 de febrero de 2006 (RC 5739/2003) referida a unos requerimientos de información a los que se imputaba estar incurso en causa de caducidad, decíamos "[...] hay que tener en cuenta que el artículo 69.2 de la Ley 30/1992 establece de forma expresa que con anterioridad al acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo, puede el órgano competente "abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento". Pues bien, no puede entenderse que la resolución de [...] abriera un procedimiento en sentido estricto, sometido a un plazo de duración determinado y a la subsiguiente caducidad, sino un período informativo en el sentido del artículo 69 que podría dar lugar, en su caso, a un procedimiento sancionador o de intervención." En este mismo sentido nos expresábamos en la sentencia de 26 de mayo de 2010 (RC 2829/2007), que con cita de la sentencia de 24 de enero de 2007, y otras precedentes (entre ellas la de 28 de febrero de 2006 recaída en el recurso de casación número 5739/200) hemos recordado cómo el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece de forma expresa que, con anterioridad al acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo, puede el órgano competente "abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento". Se trata no de un procedimiento en sentido estricto, sometido a un plazo de duración determinado y a la subsiguiente caducidad, sino de un mero período informativo que podrá dar lugar, en su caso, a la apertura del verdadero procedimiento sancionador. De lo expuesto, se deduce que la Sala de instancia no infringe el invocado artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que prescribe la obligación de la Administración de resolver y declarar la caducidad del procedimiento en el caso de que concurran las circunstancias

establecidas en la norma reguladora del procedimiento aplicable de que se trate, pues no advertimos que la actuación administrativa de proceder a realizar actuaciones previas haya sido arbitraria, al ejercer la potestad que tiene encomendada para comprobar la realización de hechos relacionados con sus competencias, en relación con la obligación de las empresas distribuidoras de energía eléctrica de asegurar el nivel de calidad y seguridad del servicio de suministro de energía eléctrica, por lo que se revela razonable la respuesta judicial de entender que, a efectos del inicio del cómputo del plazo de caducidad, las fechas que resultan determinantes son las de iniciación de los procedimientos sancionadores, y no las fechas en que se produjeron las actuaciones administrativas de inspección preliminares. No tratándose, en consecuencia, de un procedimiento formalizado y sujeto a las constricciones de plazos determinantes de su caducidad sino de meras actuaciones preliminares, cuya duración no consta que fuese arbitraria ni desproporcionada ni en fraude de ley para evitar el cumplimiento de aquellos plazos, las alegaciones de la recurrente sobre este extremo deben ser desestimadas” (STS de 6 de febrero de 2012 –RC 5195/2010-).

VII.3. Carga de la prueba

“Como es sabido en materia sancionadora, la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción incumbe a la Administración. Pero esta regla no abarca a todos y cada uno de los hechos relevantes del procedimiento sancionador, regidos por los principios generales distributivos de dicha carga que se recogen en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conforme a éstos, cada parte soporta la carga de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor, sin omitir la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. La justificación del origen de los fondos (prevención del blanqueo de capitales) es un hecho positivo cuyas consecuencias son favorables al sancionado y cuyos medios de prueba se hallan, de existir, a su plena disposición por tratarse de operaciones económicas en las que intervino. Es indiscutible entonces que la falta de prueba de ese específico hecho debe repercutir en perjuicio de la pretensión deducida por el sancionado. Por otro lado, el principio de libre valoración probatoria permite al Tribunal conjugar el resultado de los diferentes medios de prueba para, mediante su análisis crítico, emitir sus conclusiones de naturaleza fáctica. En este caso, para la Sala de instancia concurrían motivos suficientes para estimar que, aun en caso de reconocer la autenticidad de los documentos contables aportados por el demandante, éstos no acreditaban suficientemente el origen del dinero que se había intervenido en la aduana, lo que es producto de una valoración probatoria que aquí ha de mantenerse” (STS de 27 de enero de 2012 –RC 3365/2010-).

VII.4. Criterios de graduación de las sanciones. Improcedencia de la cita instrumental en casación de los principios generales contenidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre

“Cuando existen criterios propios de graduación para determinar el importe de las multas según las normas autonómicas singulares aplicables en un sector determinado (en este supuesto, el de comercio interior) no es adecuado, como hace la recurrente en su primer motivo casacional, acudir a los más generales que la Ley 30/1992 establece a efectos de la graduación de aquellas sanciones. Ya hemos transcrito el pasaje de la sentencia de instancia en que la Sala justifica por qué concurrían razones bastantes para aplicar los factores de agravación previstos en el artículo 54.1 de la Ley autonómica

11/2001, poniendo énfasis particularizado y analizando (además de la reincidencia sobre la que versará el segundo motivo) la trascendencia social de la infracción, el perjuicio a los competidores y la capacidad económica del infractor, entre otras circunstancias. Para desvirtuar esta apreciación -que, insistimos, no se hace sino en cumplimiento de una norma emanada del Parlamento de la Comunidad Autónoma- no basta con apelaciones genéricas al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 131 de la Ley 30/1992” (STS de 30 de septiembre de 2011 –RC 566/2009-).

VII.5. Publicación de las sanciones en el BOE. Inexistencia de retroactividad prohibida

“(…) consideramos que es errónea la doctrina sentada en la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de diciembre de 2007, que descansa en el principio general de irretroactividad que rige en el ordenamiento jurídico español, y que estima que es improcedente la publicación de las sanciones impuestas por la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de junio de 2005, debido a que los hechos imputados ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que intercala un párrafo a continuación del párrafo e) del artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores, con el siguiente contenido «las sanciones por infracción grave serán publicadas en el Boletín Oficial del Estado una vez sean firmes en la vía administrativa». En efecto, entendemos que dicha interpretación jurídica, que sostiene la sentencia recurrida, restrictiva de la divulgación y difusión de las actuaciones relevantes en materia sancionadora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, órgano regulador, supervisor e inspector de los mercados de valores, no tiene fundamento ni en el artículo 9.3 de la Constitución, en razón de la naturaleza no sancionadora ni restrictiva de derechos individuales de la disposición analizada, que se justifica por motivos de tutela jurídica de intereses públicos vinculados con el deber de información, con la finalidad de preservar los principios de transparencia y publicidad de la actividad financiera, con el objetivo de promover y reforzar la confianza de los operadores económicos y los inversores, ni en el invocado principio general de irretroactividad de las normas, pues no es acorde con lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil. Por ello, consideramos que es acertado, razonable y equilibrado el criterio de la sentencia de contraste, en cuanto que, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, determina la plena aplicación de la cláusula de publicación de las sanciones por infracciones graves en el Boletín Oficial del Estado una vez sean firmes en vía administrativa contemplada en el artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores, en la redacción debida a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, a aquellas resoluciones sancionadoras adoptadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores tras la entrada en vigor de la referida reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, puesto que no contradice el principio de tempus regit actum, ya que se trata de un supuesto de retroactividad impropia, o de mera retrospección o de retroconexión, en la medida en que incide en situaciones jurídicas infractoras no sancionadas, y por ello actuales, no concluidas, ni consumadas ni agotadas, sometidas al Derecho público, que resulta justificada por ser conforme a los imperativos y postulados de publicidad que rige el Derecho bursátil, y por satisfacer las exigencias del principio de seguridad jurídica, que no se incardina en el ámbito prohibido de la retroactividad de la norma sancionadora no favorable o in malam partem, que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, al no poder equipararse el reforzamiento de la difusión de la actividad inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores con la idea de sanción, pues tiene un fundamento autónomo en la obligación de información que compete a este

órgano regulador. Esta aplicación retroactiva de la cláusula de publicidad establecida en el artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores no es contraria al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), pues, aunque pueda considerarse en abstracto que tiene un componente afflictivo o de gravamen, la prohibición de la retroactividad que se impone al legislador y a los tribunales de justicia no comprende todos los derechos, ni siquiera los derechos adquiridos, sino que se refiere únicamente a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3) y a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio de la persona, en virtud de relaciones consagradas y situaciones agotadas, y no a los pendientes, futuros, condicionados o consistentes en expectativas” (STS de 21 de julio de 2009 –RC 507/2008-).

VII.6. Reincidencia y firmeza del acto administrativo sancionador

“(…) la tesis de instancia sobre la aplicación de la reincidencia cuando la sanción es "firme en vía administrativa" resulta conforme con la doctrina jurisprudencial que esta Sala ha fijado finalmente, desde hace años, respecto de la "firmeza" de los actos administrativos sancionadores a tenor del ya citado artículo 131.3 de la Ley 30/1992, superando vacilaciones anteriores. En efecto, la doctrina expuesta en la sentencia de 24 de octubre de 2000 al resolver el recurso de casación número 4553/1996, confirmada en la de 11 de marzo de 2003 al resolver el recurso de casación número 541/2001 y reiterada en pronunciamientos ulteriores, es la que sigue: "[...] El artículo 131.3.c) de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común se refiere directamente a la gradación de la sanción prevista en la norma con carácter general, pero no cabe duda de que el principio recogido en él, aun cuando no resulta igualmente aplicable cuando la agravación por reincidencia está expresamente prevista en aquélla, tiene, también en estos supuestos, un valor interpretativo innegable. Pues bien, su aplicación exige determinar si cuando dicho precepto legal utiliza la expresión 'resolución firme' se refiere a la firmeza en vía administrativa o jurisdiccional. La primera concurre cuando el acto administrativo no es susceptible de recurso ordinario administrativo alguno, incluido el potestativo de reposición; la segunda, cuando el acto administrativo ha sido consentido o ha sido confirmado por sentencia judicial firme. [...] En la jurisprudencia existen vacilaciones en este punto. Algunas sentencias, como las de 12 de marzo de 1990 y 22 de abril de 1992, recurso núm. 5385/1990, declaran que, dejando a un lado el debate doctrinal acerca de la significación de la reincidencia, en nuestro ordenamiento jurídico se configura como una agravante para cuya virtualidad es necesaria, en Derecho Penal, condena anterior por sentencia firme y, en el ámbito jurídico-administrativo, resolución sancionadora firme de la Administración 'parece sobreentenderse que esta firmeza se refiere a la vía jurisdiccional'. Una doctrina similar se refleja en las sentencias de esta Sala de 7 de abril de 1999, recurso contencioso-administrativo núm. 649/1994, 5 de septiembre de 1995, recurso núm. 10023/1991 y 20 de julio de 1993, recurso núm. 8138/1990, las cuales aluden al requisito de la firmeza sin precisar si se trata de firmeza administrativa o jurisdiccional. La primera de ellas, de modo inequívoco, considera que el requisito de la firmeza no concurre por hallarse pendiente un recurso contencioso-administrativo contra la resolución sancionadora (firme en vía administrativa). Separándose del criterio implícito o explícito en las sentencias citadas, otras sentencias, como las de 13 de julio de 1992, recurso núm. 2654/1989, 2 de junio de 1989 y 23 de junio de 1987, refieren expresa y precisamente el requisito de la firmeza a la vía

administrativa. La aplicación analógica de lo dispuesto respecto de esta agravante en el artículo 10.15 del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos, y en el artículo 22.8 del vigente en la actualidad, lleva a considerar como presupuesto para la aplicación de la reincidencia el carácter ejecutorio de la condena anterior, cosa que presupone, en el ámbito penal, la existencia de una sentencia firme, mas no en el administrativo. En éste, por efecto del principio de autotutela administrativa, basta que el acto sancionador haya adquirido firmeza en vía administrativa para que sea ejecutivo, aun cuando pueda hallarse pendiente un recurso contencioso-administrativo en el que no se haya acordado una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto sancionador (artículo 138.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común). Por otra parte, la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común emplea la expresión «firme» refiriéndose preferentemente, cuando de una resolución administrativa se trata, a la imposibilidad de interponer contra ella recursos administrativos ordinarios y, por ende, contemplando sólo la firmeza en vía administrativa y no la firmeza en vía jurisdiccional (v. gr., artículos 102.4, 108, 115.1 III y 118.1) y sólo en algún caso resulta dudoso este sentido de la expresión (v. gr., art. 132.3). En el mismo sentido, la exigencia de firmeza jurisdiccional de la sanción o sanciones anteriormente impuestas, dado el tiempo que puede tardar en resolverse el recurso contencioso-administrativo, convertiría, en contra de la finalidad de la Ley, en virtualmente inaplicables los preceptos en que se prevé dicha agravante referida a la comisión de sanciones en periodos breves -como lo es, a estos efectos, el plazo de un año fijado en el citado artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, pues durante su transcurso resulta difícil que haya podido terminarse el expediente sancionador, agotarse la vía administrativa y tramitarse el recurso contencioso-administrativo en su totalidad, incluidos los recursos de apelación o de casación, en su caso- o cuando se exige la reiteración de más de una de ellas, como ocurre cabalmente en el caso resuelto. Por ello parece preferible la interpretación de que, para que pueda aplicarse la circunstancia de reincidencia para una calificación más grave de la conducta sancionable o para la agravación de la sanción prevista en la norma sancionadora, sólo será necesaria la firmeza en vía jurisdiccional del acto sancionador previo cuando explícitamente sea exigida por la norma, pero no cuando se exija genéricamente la firmeza de la resolución administrativa, como ocurre en el supuesto del artículo 131.3.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en el que corresponde al caso enjuiciado en este proceso. En estos supuestos bastará, por ende, la firmeza en vía administrativa de la resolución sancionatoria, determinante de la ejecutividad del acto decisorio” (STS de 30 de septiembre de 2011 –RC 566/2009-).

- VIII. Economía y Hacienda
 - VIII.1. Auditoría de cuentas: sistema de infracciones y sanciones
 - VIII.2. Blanqueo de capitales
 - VIII.2.1. Marco normativo (normativa de la Unión Europea e interna)
 - VIII.2.2. Deber de establecimiento de procedimientos y órganos internos de control. Entidades financieras
 - VIII.2.3. Tipicidad
 - VIII.2.4. La ocultación
 - VIII.2.5. Proporcionalidad
 - VIII.2.6. Falta de declaración de exportación de moneda. Tal infracción no se encuentra condicionada a la entrada en vigor de la norma reglamentaria que determine la forma y excepciones de la obligación de declarar el origen, destino y tenencia de los fondos
 - VIII.3. Consejo para la defensa del contribuyente: quejas y sugerencias
 - VIII.4. Entidades de crédito: ordenación y disciplina
 - VIII.5. Expendedurías de tabaco
 - VIII.5.1. Libre circulación de mercancías: una normativa que prohíbe a los titulares de expendedurías de tabaco y timbre desarrollar la actividad de importación de labores de tabaco de otros Estados miembros se opone a la libre circulación de mercancías
 - VIII.5.2. La neutralidad de la red de distribución de productos del tabaco permite justificar la prohibición de que la red de promoción de productos del tabaco sea retribuida
 - VIII.5.3. Clases: expendedurías de carácter permanente
 - VIII.5.4. Adjudicación
 - VIII.5.4.1. Motivación de las resoluciones de adjudicación

VIII.5.4.2. Condiciones para la adjudicación de las expendedurías de tabaco

VIII.5.4.2.1. Alejamiento de centros docentes

VIII.5.4.2.2. Compatibilidad del adjudicatario

VIII.5.4.2.3. Disponibilidad del local

- Doctrina general

- Arrendamiento sujeto a condición suspensiva

- Arrendamiento sujeto a condición resolutoria

VIII.5.4.2.4. Características del local

VIII.5.4.2.5. Distancia entre expendedurías: forma de medirla

VIII.5.5. Procedimiento de adjudicación: naturaleza subsanable de los defectos de los concursantes en relación con la constitución de la fianza

VIII.5.5.1. Error cometido respecto de la cuenta en la que se efectuó el depósito

VIII.5.5.2. Aval temporal

VIII.6. Financiación de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social

VIII.7. Medios de pago por parte de las Administraciones Públicas

VIII. Economía y Hacienda

VIII.1. Auditoría de cuentas: sistema de infracciones y sanciones

“La clasificación y estructuración de las infracciones en muy graves, graves y leves que establece el artículo 16 de la Ley de Auditoría de Cuentas, en la redacción debida a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero - artículo 16.2 a) LAC: la emisión de informes de auditoría de cuentas cuya opinión no fuere acorde con las pruebas obtenidas por el auditor en su trabajo, siempre que hubiere medido dolo o negligencia, especialmente, grave e inexcusable; artículo 16.3 b): el incumplimiento de las normas de auditoría que pudiera tener un efecto significativo sobre el resultado de su trabajo, y, por consiguiente, en su informe; y artículo 16.4 a): cualesquiera acciones y omisiones que supongan incumplimiento de las normas de auditoría y que no estén incluidas en los apartados anteriores-; desvela la intención del legislador de determinar la configuración de los elementos esenciales de las conductas antijurídicas que constituyen infracción por incumplimiento de las normas de auditoría, atendiendo a la transcendencia que resulte del incumplimiento y al grado de culpabilidad del auditor responsable en su comisión, lo que respeta el mandato de taxatividad o de lex certa de las infracciones y sanciones administrativas que garantiza el artículo 25 de la Constitución, y permite concluir, confrontados estos tipos con los considerados en la Ley de Auditoría de Cuentas de 1988, que no se ha producido ni la derogación sobrevenida de la infracción grave del artículo 16.2 c) en su redacción original, ni su mutación, conversión o sustitución por la infracción leve del artículo 16.4 a) LAC. La concreción aplicativa del tipo infractor del artículo 16.3 b) de la Ley de Auditoría de Cuentas, tras la reforma por la Ley 44/2002, en cuanto exige que el incumplimiento de las normas de auditoría «pudiera tener un efecto significativo sobre

el resultado de su trabajo y, por consiguiente, en su informe», como pone de relieve el Abogado del Estado en su escrito de oposición, debe contextualizarse considerando la naturaleza y finalidad que caracteriza la actividad de auditoría, que trata de otorgar el máximo grado de confianza, transparencia y fiabilidad a la información auditable, en cuanto representativa de la situación patrimonial, financiera y económica de la entidad auditada, según expone el Tribunal Constitucional en la sentencia 386/1993, de 23 de diciembre, de modo que queden integradas aquellas conductas que supongan inobservancia relevante de las normas de auditoría, que se refieren al trabajo realizado y, por tanto, a la evidencia obtenida, y que son imputables a la falta de planificación o la inadecuada o incorrecta planificación y ejecución, así como las debidas a la falta de comprobación de la fiabilidad de la información disponible, y aquellas que inciden en la elaboración y emisión del informe y que revelan que carece de la fundamentación requerida para reflejar la imagen fiel de la empresa auditada. En la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2008 (RC 717/2006), ya reconocimos que el tipo infractor del artículo 16.2 c) de la Ley de Auditoría de Cuentas no había desaparecido tras la reforma de la Ley debida a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, y sostuvimos que era jurídicamente correcto, desde la perspectiva del contenido de la garantía del principio constitucional de legalidad sancionadora, la subsunción de los hechos en el nuevo tipo infractor del artículo 16.3 b) LAC, con la exposición de los siguientes razonamientos: «Lo anterior no obsta para que resulte conveniente añadir que tampoco se ha producido infracción del principio de legalidad sancionadora, puesto que la Sala de instancia ha efectuado la subsunción de los hechos bajo la nueva formulación del artículo 16 de la Ley de Auditoría de Cuentas, tanto en lo que respecta a la conducta infractora, como en lo relativo a la sanción aplicada, que le ha sido reducida en lo que la Sala juzgadora ha considerado pertinente. Así, en lo que respecta a la consideración de la conducta consistente en la infracción de normas de auditoría, hasta la reforma operada por la citada Ley 44/2002 era del siguiente tenor: "2. Se considerarán infracciones graves: [...] c) El incumplimiento de las normas de auditoría que pueda causar perjuicio económico a terceros o a la empresa o entidad auditada." (artículo 16.2.c) mientras que la conducta por la que se sancionó al actor está definida ahora con el siguiente modo: "3. Se considerarán infracciones graves: [...] b) El incumplimiento de las normas de auditoría que pudiera tener un efecto significativo sobre el resultado de su trabajo y, por consiguiente, en su informe." (artículo 16.3.b) Pues bien, pese a incluir alguna expresión ambigua en sus consideraciones, la Sala de instancia claramente asume en su fundamento de derecho 3 que el tipo infractor de la conducta no ha desaparecido, sino que ha sido substituido por otro de mayor amplitud y, en el fundamento 5 examina la subsunción de los hechos imputados en tanto en el antiguo como en el nuevo tipo (en el inicio de dicho fundamento se afirma textualmente que "las distintas conductas que le fueron imputadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas son, efectivamente, subsumibles en el tipo de infracción que regulaba el artículo 16.2.b) de la Ley de Auditoría de Cuentas -y, en la actualidad, según lo dicho, el artículo 16.3.b)-"). Pues bien, dicha subsunción en la nueva tipificación -contra la que no argumentó el recurrente en casación- es jurídicamente correcta, lo que excluye la vulneración del principio de legalidad sancionadora. Quiere ello decir que no sólo el actor no sufrió indefensión en vía administrativa, sino que la subsunción de los hechos en el nuevo tipo fue efectiva y acertadamente comprobada tanto en vía administrativa, al resolver el recurso de alzada, como en vía judicial, con lo que en ningún caso podría alegar infracción del referido principio. Lo cual es, por lo demás, claramente confirmado al aplicar la Sala de instancia la nueva ley en cuanto a la sanción

correspondiente, por resultar ésta más beneficiosa para el actor. Digamos finalmente que la referencia a las dos Sentencias de esta Sala de 10 de diciembre de 2.002 (RC 3.064/1.998) y 12 de mayo de 2.003 (RC 2.344/1.999) no puede extrapolarse más allá de los supuestos contemplados en ellas. En efecto, por un lado, no puede dejar de aplicarse en vía casacional el principio constitucional de aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables, incluido según jurisprudencia constitucional consolidada en el contenido del principio de legalidad sancionadora reconocido en el artículo 25 de la Constitución; otra cosa es, como parece suceder en aquellos supuestos, que las concretas circunstancias fácticas del caso no permitieran efectuar en casación la comprobación de si los hechos se ajustaban a una determinada tipificación posterior a la aplicada por la Administración. Por otro lado, desde la perspectiva de la Sentencia recurrida en el presente supuesto, hay que señalar que tales hipotéticas dificultades en principio no le deben afectar a una Sala de instancia, que no sufre las limitaciones probatorias o de apreciaciones de hechos presentes en la casación.». Por ello, estimamos que la Sala de instancia, al sostener que los hechos imputados al auditor sancionado no son subsumibles en el tipo infractor del artículo 16.3 b) de la Ley de Auditoría de Cuentas, en su redacción debida a la Ley 44/2002, porque la Administración no había expuesto un razonamiento concreto sobre la concurrencia del presupuesto del «efecto significativo» que pudiera tener el incumplimiento de las normas de auditoría sobre el resultado de su trabajo y, por consiguiente, en su informe, infringe el principio de legalidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que vincula a los Tribunales de Justicia a aplicar el ordenamiento sancionador respetando la configuración de los tipos infractores determinados por el legislador, pues no está impidiendo una interpretación analógica o extensiva del tipo, sino que no está tomando en consideración los elementos que delimitan la conducta infractora, que ya no exige la acreditación de si puede producir potencialmente un perjuicio económico a terceros o a la empresa o entidad auditada, y, por tanto, incurre en contradicción in terminis, ya que al reconocer como hechos probados el incumplimiento de las normas de auditoría que afecta a cuestiones relevantes, como la falta de planificación sobre la ejecución del trabajo, la falta de evidencia respecto del inmovilizado, los deudores, las subvenciones, que no pueden ser considerados como meros incumplimientos formales, y que son determinantes de desvirtuar la labor auditora, en cuanto que no permite conocer la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la Cooperativa auditada, resulta improcedente que concluya su razonamiento con la afirmación de que la conducta imputada es subsumible en la infracción leve tipificada en el artículo 16.4 a) de la Ley de Auditoría de Cuentas” (STS de 16 de junio de 2009 –RC 6279/2006-).

VIII.2. Blanqueo de capitales

VIII.2.1. Marco normativo (normativa de la Unión Europea e interna)

“La Ley 19/2003 regula el régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, a la vez que cambia el contenido de ciertos preceptos legales anteriores. Como afirma su exposición de motivos, se “traslada al ámbito de la prevención del blanqueo de capitales una cuestión que venía siendo tratada tradicionalmente desde la óptica del control de cambios” por la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico de control de cambios. Modifica, por ello,

determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales que eran objeto de un tratamiento específico en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre. El artículo 3 de la Ley 19/2003 resulta coherente con las disposiciones, entonces vigentes, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre la libertad de movimientos de capitales o, en general, de transacciones económicas con el exterior. Esta libertad no es incompatible, sin embargo, con el conocimiento, por parte de las autoridades nacionales, de dichos movimientos de capitales o transacciones económicas "[...] a través de un mecanismo de declaración [...] a efectos de información administrativa y estadística de las operaciones". Precisamente con arreglo a este criterio el artículo 3 de la Ley 19/2003 detalla los actos, negocios, transacciones y operaciones sujetas a la obligación de declaración y los sujetos obligados a declarar. Y, en el ámbito de la mera libertad de circulación de capitales, ya no sometida a autorización administrativa previa, podríamos plantearnos si la magnitud de las sanciones eventualmente ligadas a la no declaración de los respectivos movimientos se ajusta, y en qué medida, al principio de proporcionalidad. Ocurre, sin embargo, que la obligación general de declarar a la Administración los movimientos de capitales y las transacciones exteriores, con la finalidad antes dicha, puede asimismo convertirse en un medio adecuado para lograr otro objetivo distinto, más preciso, cual es el de servir a la prevención (y en su caso, represión) del blanqueo de capitales. De ahí que, como acabamos de exponer, las previsiones de los artículos 2.4 y 3.9 de la Ley 19/1993 sufrieran modificaciones en su redacción derivadas de la Ley 19/2003. Y, en desarrollo de dichas previsiones se dictó la Orden EHA/1496/2006 que regula precisamente la declaración previa de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales. Pues bien, en este ámbito de actuación cualificado -es obvia la mayor antijuridicidad de las conductas relacionadas con el blanqueo de capitales respecto de la simple infracción consistente en no declarar los movimientos de capitales a efectos estadísticos o informativos- el criterio sancionador es más riguroso y más graves las consecuencias de los actos infractores. Ello es coherente con la circunstancia de que, en dicho ámbito, no se trata tan sólo de meros incumplimientos de deberes formales a los solos efectos del "control de cambios" sino de conductas cuya impunidad, aun en la hipótesis de que no resultaran en sí mismas castigables penalmente, perjudicaría las labores administrativas de prevención del blanqueo de capitales procedentes de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva (...) Los instrumentos normativos generalmente utilizados por los Estados que se han comprometido a la lucha -y, por tanto, a la prevención- contra el blanqueo de capitales han pretendido, por un lado, regular la utilización del sistema financiero en su conjunto, o la actividad de determinadas profesiones, para controlar las transacciones efectuadas a través de las entidades de crédito e instituciones financieras. Pero, a la vez, y ante el hecho de que la aplicación efectiva de aquellos sistemas de control podría propiciar un aumento "paralelo" de los movimientos de dinero en efectivo al margen de los circuitos bancarios para eludir y soslayar dichos controles, los Estados han tenido que adoptar medidas normativas complementarias que impidan estas "vía de escape" o métodos alternativos para encubrir el origen de los fondos. Las mayores facilidades para las transferencias de capital por las vías institucionalizadas (que derivan de la globalización de los sistemas bancarios) deberían haber ido acompañadas, cuando se trata de sumas significativas, de una correlativa eliminación de los movimientos internacionales de efectivo; si a pesar de aquellas facilidades se mantienen estos últimos para el traslado personal de grandes importes, sin una posibilidad de control análoga a la obligada para las transacciones formalizadas, sin duda existen motivos para sospechar de tales conductas desde la perspectiva de la prevención del blanqueo de capitales. En este mismo sentido el Grupo

de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI), creado por la Cumbre del G-7 celebrada en París en 1989, había recomendado a los Gobiernos que aplicaran medidas destinadas a detectar los movimientos físicos de dinero efectivo, incluido un sistema de declaración u otra obligación de comunicación análoga. Y ello se ha plasmado, en la Unión Europea, en la adopción del Reglamento 1889/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad, que completa lo dispuesto en la Directiva 91/308/CEE en lo que se refiere a las transacciones efectuadas a través de entidades de crédito e instituciones financieras, así como de determinadas profesiones. El Reglamento 1889/2005 establece normas armonizadas para el control, por las autoridades competentes de cada Estado miembro, de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad cuando se trate de movimientos significativos de dinero efectivo, considerando como tales movimientos de un importe igual o superior a 10.000 euros. La obligada declaración del dinero en efectivo, a los efectos de la prevención del blanqueo de capitales, ha de tener un reflejo en la imposición de sanciones para el caso de incumplimiento, sanciones que han de ser "eficaces, proporcionadas y disuasorias". Y estas mismas pautas pueden aplicarse a los movimientos análogos de dinero efectivo entre los Estados miembros (con respeto a las disposiciones del Tratado, según ulteriormente analizaremos) que sean susceptibles de encuadrarse en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales" (STS de 14 de mayo de 2012 –RC 1220/2010-).

VIII.2.2. Deber de establecimiento de procedimientos y órganos internos de control. Entidades financieras

“La obligación inserta en el artículo 3.7 de la Ley 19/1993 tiene, como ésta misma, una finalidad preventiva cual es la de impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales. Las medidas de carácter estructural que las entidades concernidas deben implantar para detectar dichas operaciones han de ser, por ello, "adecuadas". Pero como bien afirma el tribunal de instancia, la concreción ad casum de este concepto jurídico indeterminado no es fácil ni evidente. Y en el momento en que se produjeron los hechos objeto de este litigio aún no se había procedido a la modificación legislativa que permitiría a aquellas entidades verificar hasta qué punto sus estructuras y procedimientos de control eran o no realmente "adecuados", acudiendo a un tercero que las analizase. La reforma operada por la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre Régimen Jurídico de los Movimientos de Capitales y de las Transacciones Económicas con el Exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, introdujo en el artículo 3.7 de la Ley 19/1993 la exigencia de que los procedimientos y órganos de control interno y comunicación de los sujetos obligados fueran objeto de un examen anual por un experto externo, cuya finalidad no es otra (como más tarde precisaría el Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, por el que se modifica el Reglamento aprobado por Real Decreto 925/1995), que la de proporcionar a la entidad un informe sobre la eficacia operativa de las medidas de control interno existentes, proponiendo, en su caso, eventuales rectificaciones o mejoras (...) Si, repetimos, la Ley encomendaba al Servicio Ejecutivo la supervisión de la idoneidad de los procedimientos y órganos de control interno de los sujetos obligados a establecerlos y comunicarlos (artículo 3.7 en relación con los artículos 15.2.f), ambos de la Ley 19/1993 y 11.5 del Reglamento), en este supuesto la Caja de Extremadura le comunicó en 1995, las medidas estructurales que había adoptado (y que, en buena lógica, reputaba adecuadas). A partir del cumplimiento de su obligación, la entidad de crédito podía razonablemente

suponer que el silencio o aquiescencia continuada del Servicio Ejecutivo durante ocho años eran señal de que no existían objeciones o insuficiencias que hubiese de completar” (STS de 18 de julio de 2011 –RC 4320/2008-).

VIII.2.3. Tipicidad

“(…) consideramos que no es erróneo el criterio aplicado en la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de octubre de 2011 recurrida, ya que advertimos que no se fundamenta en una interpretación inadecuada, irrazonable o arbitraria del artículo 8.3 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, que sea contraria al principio de proporcionalidad, en cuanto que dicha disposición autoriza a la Comisión para la Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias a imponer la sanción de multa en el importe correspondiente al tanto del contenido económico de los medios de pago empleados, bastando que concurra una de las dos circunstancias de agravación de la conducta referida en dicho precepto -clara intención de ocultación de los medios de pago aprehendidos o no resultar debidamente acreditado el origen de los fondos-, sin que sea exigible, por tanto, que concurren, además, algunas de las circunstancias agravantes de las infracciones que se infieren del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o en el artículo 10.1 de la Ley 19/1993, aunque ello no obste a que puedan ponderarse estas circunstancias específicas cuando sean reveladoras o indicativas de un grado superior o inferior del elemento subjetivo de culpabilidad o dolo que exige un mayor o menor reproche, con el objeto de asegurar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada” (STS de 16 de noviembre de 2012 –RC 1751/2012-).

VIII.2.4. La ocultación

“Pues bien, ante la existencia de las dos circunstancias agravatorias específicas de la infracción más una de las genéricas, no es preciso analizar hasta la exhaustividad la presencia de otras eventuales circunstancias, como propugna el recurrente. Resulta superfluo valorar y considerar todas y cada una de las posibles agravaciones que pueden confluir en cada infracción cuando no han sido tenidas en cuenta por el órgano sancionador. Lo que verdaderamente interesa para enjuiciar la legalidad del acto sancionador, y consecuentemente la Sentencia que lo confirma, es dilucidar si concurren en este caso las agravantes que sí han sido apreciadas y han determinado la intensidad de la sanción. La primera de ellas consiste en la ocultación del dinero aprehendido. La Sala de instancia consideró que la situación de aquél, dentro de una caja de zapatos del equipaje facturado por el infractor, denota una intención de ocultamiento, pues no era accesible y exigió actos de investigación de los agentes. Contra estos razonamientos aduce el recurrente que la normativa no ofrece una definición de lo que ha de entenderse por «oculto», por lo que debe ser interpretado en beneficio del sancionado, y, por lo demás, el dinero no suele transportarse a simple vista. La crítica de la Sentencia en este punto no es aceptable, puesto que la conclusión de la intención de ocultación se desprende de una valoración de la prueba que, además de ser coherente y plenamente asumible, difícilmente puede ser modificada en casación. Por mayor que sea la

restricción del término «ocultación», sin duda comprende los casos en que los fondos se depositan en un lugar que usualmente está destinado a guardar otros objetos, y no lo es introducirlo en una caja de zapatos, que además forma parte del equipaje del viajero. El uso de un contenedor inusual para guardar el dinero denota el propósito de distraer o dificultar el eventual control de aduana” (STS de 27 de enero de 2012 –RC 3365/2010-).

VIII.2.5. Proporcionalidad

“La tipificación de la conducta sancionada en este caso deriva de la aplicación de dos preceptos legales, ambos incardinados en el marco de la prevención del blanqueo de capitales. Por un lado, el apartado 4 del artículo 2 de la Ley 19/1993, en su redacción posterior al año 2003, sujeta al cumplimiento de las obligaciones señaladas en el apartado 9 del artículo 3 de la misma ley (esto es, al deber de declarar a la Administración el origen, destino y tenencia de los fondos correspondientes) a las personas físicas que, actuando por cuenta propia o de tercero, realicen la salida o entrada en territorio nacional de moneda metálica por importe superior a 10.000 euros por persona y viaje. Y, por otro lado, el artículo 5 de aquella Ley considera infracción grave el incumplimiento de la referida obligación de declarar, incumplimiento que lleva aparejada la sanción de multa cuyo importe mínimo será de 600 euros y cuyo importe máximo podrá ascender hasta la mitad del contenido económico de los medios de pago empleados. En el caso de que los medios de pago fueran hallados en lugar o situación que mostrase una clara intención de ocultarlos o no resulte debidamente acreditado el origen de los fondos, la sanción podrá llegar al tanto del contenido económico de los medios empleados (artículo 8, apartado 3, de la Ley 19/2003). A juicio de la Sala el juego conjunto de las disposiciones legales que se acaban de citar (cuya constitucionalidad no es puesta en duda por el recurrente) respeta el principio de proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones administrativas. Al igual que más tarde analizaremos desde la perspectiva comunitaria, existen razones suficientes para que el incumplimiento del deber de declarar la salida de moneda del territorio nacional, en cantidades significativas, sea sancionado bien hasta la mitad de su importe si no concurren circunstancias cualificadas, bien hasta el tanto de dicho importe si concurre alguna de las dos circunstancias cualificadas (ocultación o no acreditación del origen de los fondos) legalmente previstas (...)El carácter disuasorio puede justificar que, cuando concurren determinadas circunstancias cualificadas (como es, en el caso que nos ocupa, la falta de acreditación del origen de los fondos) y se trate de cantidades significativas, la sanción económica se eleve hasta el monto de la cantidad intervenida. En otro caso, el infractor se podría ver tentado a realizar una conducta ilícita (la falta de la preceptiva declaración) cuyas consecuencias económicas calcula que podrían ser inferiores a las ganancias o beneficios de ella derivados. El principio de proporcionalidad al que se refiere el artículo 131 de la Ley 30/1992 no puede aplicarse sin tener en cuenta el apartado segundo de aquel precepto, a tenor del cual el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas” (STS de 14 de mayo de 2012 –RC 1220/2010-).

VIII.2.6. Falta de declaración de exportación de moneda. Tal infracción no se encuentra condicionada a la entrada en vigor de norma reglamentaria que

determine la forma y excepciones de la obligación de declarar el origen, destino y tenencia de los fondos

“(…) de los hechos declarados probados por la Sala de instancia, se desprende que se imputa a los recurrentes la acción de pretender el 11 de septiembre de 2004 la salida del territorio español de 250.000 euros, que portaban ocultos en el doble fondo de sus mochilas, sin haber declarado previamente la exportación del dinero, según el Acta de intervención practicada por funcionarios del Servicio de Aduanas del Aeropuerto de Madrid Barajas, lo que supone un incumplimiento de la obligación de declaración a que se refiere el artículo 4 del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, que, en su redacción dada por el Real Decreto 1638/1996, de 5 de julio, establece que «la salida del territorio nacional de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera, es libre», y que «no obstante lo anterior, dicha salida estará sometida a declaración cuando su importe sea superior a 1.000.000 de pesetas por persona y viaje», que es constitutivo de infracción, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la referida norma reglamentaria. Por ello, sostenemos que la aplicación de las infracciones tipificadas en la legislación en materia de régimen jurídico de los movimientos de capitales, desarrolladas en el Real Decreto 1816/1991, no se contraría al principio de tipicidad de las infracciones administrativas, garantizado por el artículo 25 de la Constitución, en cuanto que la conducta infractora, de falta de declaración de exportación de moneda por importe superior a un millón de pesetas no se encuentra condicionada a la entrada en vigor de la norma reglamentaria referida en la Ley 19/2003, que debe determinar la forma y las excepciones a la obligación de declarar el origen, destino y tenencia de los fondos en los supuestos señalados en el apartado 4 del artículo 2 de la Ley 19/1993, que desarrolle específicamente las normas regulatorias para prevenir el blanqueo de capitales, pues ello supondría, como advierte el Abogado del Estado, limitar temporalmente la obligación de declarar un movimiento de capitales condicionándolo a un desarrollo reglamentario de la Ley 19/2003, que contradice al designio del legislador, que trata con esta reforma legal garantizar la plena adecuación de nuestro ordenamiento jurídico al Derecho Comunitario europeo, superando la falta de coherencia del Derecho sancionador previsto en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre. En este sentido, entendemos que la interpretación literal que sustenta la Sala de instancia de la Disposición final única, apartado 2, de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, que refiere que «la presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado"» y que «no obstante, la obligación de declarar el origen, destino y tenencia de fondos establecida en el apartado tres de la disposición adicional primera de esta Ley sólo se aplicará a supuestos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de la disposición reglamentaria prevista en dicho apartado», resulta irrazonable, pues no tiene en cuenta el carácter bifronte de la regulación legal analizada ni que la apelación a un desarrollo reglamentario se refiere a la obligación de declarar el origen, destino y tenencia de los fondos o medios de pago en los supuestos de salida o entrada en territorio nacional, impuesto por el apartado 9 del artículo 3 introducido por la Ley 19/2003, en relación con el apartado 4 del artículo 2 del referido texto legal, que no supone una modificación que altere, desde la perspectiva de su contenido material, la obligación impuesta en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, desarrollada en el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre” (STS de 28 de febrero de 2011 –RC 5809/2008-).

VIII.3. Consejo para la defensa del contribuyente: quejas y sugerencias

“(…) tampoco puede admitirse que la exclusión de recursos establecida en el artículo 7.3 del Real Decreto impugnado sea contraria a los citados preceptos constitucionales, dada la naturaleza de los actos a los que se circunscribe tal exclusión. El precepto regula la actuación administrativa originada por las "quejas y sugerencias" formuladas por los contribuyentes al amparo del propio precepto y dicha actuación se limita a las "contestaciones y demás actos" producidos por el Consejo en respuesta a la iniciativa de los ciudadanos. En primer lugar es preciso descartar la interpretación de la entidad recurrente en el sentido de que la referencia a "los demás actos", supone una remisión residual a cualquier actuación del Consejo. Antes al contrario, del sentido global del precepto lo que se desprende es que la expresión "contestaciones y demás actos" queda en todo caso circunscrita a la actuación administrativa de respuesta a las quejas y sugerencias de los contribuyentes: contestaciones y cualquier clase de actuación escrita u oral que trate de dar satisfacción a las referidas quejas y sugerencias de los ciudadanos. En segundo lugar, es claro que dicha actuación informativa y explicativa de la Administración no da lugar a actos con incidencia jurídica sobre los particulares y que, por tanto, es natural y, en realidad, obligado, que queden fuera de la posibilidad de recursos. Lo contrario supondría desnaturalizar este tipo de actuación administrativa y entender que la simple labor informativa podría generar efectos jurídicos en los derechos e intereses de los ciudadanos, con lo que dicha actuación dejaría de ser una labor orientadora e informativa, es decir, dejaríamos de estar en el supuesto al que se refiere de manera clara e inequívoca el precepto. Lo anterior se confirma con las cautelas y previsiones que se añaden en el propio artículo 7.3. Así, se añaden cuatro precisiones que atestiguan sin el menor género de dudas que no se crea ningún ámbito de actuación administrativa stricto sensu con efectos jurídicos que quede exenta de control judicial: en lo que respecta a la intervención de los contribuyentes, que sus quejas y sugerencias no pueden ser conceptuados como recursos o reclamaciones, que no afectan a la tramitación de los procedimientos administrativos en curso o que puedan iniciarse, y que no condicionan el ejercicio de cualesquiera otras acciones o derechos de los ciudadanos afectados; y, en relación con las contestaciones del Consejo para la Defensa del Contribuyente, que ni constituyen ni reconocen derechos subjetivos o situaciones jurídicas individualizadas. En ese contexto, es perfectamente coherente que tales actuaciones de respuesta, meramente orientadoras y jurídicamente irrelevantes, no sean susceptibles de recurso administrativo u jurisdiccional. De especial interés resulta resaltar, finalmente, el hecho de que el ciudadano que haya formulado cualquier queja o sugerencia de las contempladas en este precepto puede, en todo caso, interponer cualquier recurso administrativo o judicial si entiende que la actuación del Consejo se sale del estricto marco de dar contestación a dichas quejas o sugerencias. Será en definitiva la respuesta administrativa y, en último extremo la jurisdiccional, la que determine si la Administración se mantuvo o no dentro de los límites determinados por el precepto impugnado” (STS de 7 de junio de 2011 –RCA 67/2010-).

VIII.4. Entidades de crédito: ordenación y disciplina

“(…) no cabe duda de que dicha jurisprudencia ha determinado que la ordenación y disciplina, así como la inspección y sanción de las entidades de crédito, incluso en la vertiente de ejecución, esto es, la vigilancia del cumplimiento de las normas de

ordenación y la adopción de medidas concretas al objeto de garantizar la solvencia y buen funcionamiento del sistema financiero y que han de ser atendidas por las referidas entidades cuando son requeridas para ello, pertenece al Estado, en concreto al Gobierno y al Banco de España en el marco de sus respectivas competencias, en la medida en que dichas facultades, inclusive las de naturaleza ejecutiva, deben reputarse como bases de la ordenación del crédito, competencia exclusiva del Estado según lo dispuesto por el artículo 149.1.11 de la Constitución. Así cabe deducirlo de numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional entre las que pueden citarse, como hace la Sala de instancia, la STC 235/1999, de 16 de diciembre de 1.999, y las que se recogen en el primero de los párrafos transcritos más arriba -en particular las 49/1988, de 22 de marzo de 1.988, y la 96/1996, de 30 de mayo de 1.996-, que atribuyen al Estado facultades concretas de supervisión y disciplina de las instituciones de crédito. Digamos respecto a la STC 235/1999, que de sus propios términos se deriva que sus conclusiones en lo que aquí importa en relación con las bases sobre ordenación del crédito y banca están claramente referidas, frente a lo que opina la actora, al conjunto de instituciones de crédito. A partir de la anterior competencia básica estatal es preciso confrontar las alegaciones de la Comunidad Autónoma recurrente formuladas en el segundo motivo del presente recurso en relación con sus propias competencias en la materia, para comprobar si acierta la Sentencia impugnada al anular determinados contenidos del requerimiento formulado por la Administración vasca a la Caja de Ahorros de Guipúzcoa y San Sebastián. Sostiene en definitiva la parte recurrente, como tesis central de su recurso, su concurrencia competencial en las funciones de supervisión (inspección, disciplina y sanción) de las entidades de crédito, negando que el Estado pueda monopolizar tales funciones. Antes al contrario, afirma el Gobierno vasco, el Estado debe restringir el ejercicio de las mismas exclusivamente a los supuestos en que tengan una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica y crediticia general, pues sólo entonces dichas funciones tienen el carácter básico determinado por los apartados 11 y 13 del artículo 149.1 de la Constitución respecto de la ordenación del crédito, banca y seguros, y de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente. Tiene razón el Gobierno vasco en que no corresponden al Estado en exclusiva tales tareas, sino que también le corresponde a él una coparticipación en las mismas, en los términos en que se deduce del Estatuto de Autonomía, las leyes básicas del Estado y el resto de la legislación autonómica y estatal aplicable. Pero también es cierto que lo anterior no lleva a las conclusiones que extrae el Gobierno recurrente. Como pone de relieve la Sentencia recurrida, lo que se discute en el presente litigio no es tanto las facultades del Banco de España cuanto las posibles facultades concurrentes de la Administración autonómica en la supervisión de las Cajas de Ahorro. Ahora bien, no es posible determinar cuáles sean éstas sin delimitar previamente las competencias estatales básicas sobre la materia, pues sólo a partir de ellas pueden definirse las que correspondan a la Administración vasca. Por otra parte, aunque las afirmaciones que se hacen sobre la materia afectan a todas las instituciones de crédito, en la medida de lo posible nos circunscribiremos a las cajas de ahorro, puesto que el supuesto controvertido se refiere a una institución de esta naturaleza. Pues bien, al amparo de la competencia estatal sobre las bases de la ordenación del crédito y la banca establecida por el artículo 149.1.11 de la Constitución, la disposición adicional primera de la Ley de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros estipula lo siguiente: “Primera. Uno. El Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España, dentro de sus respectivas competencias, ejercerán las funciones de disciplina, inspección y sanción de las Cajas de Ahorros: Primero. En las materias que sean competencia del Estado, y en especial las relativas a la política

monetaria, financiera y de solvencia y seguridad. Segundo. En las actividades de las Cajas de Ahorros realizadas fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de su domicilio social. Dos. Las Comunidades Autónomas ejercerán las funciones de disciplina, inspección y sanción de las Cajas de Ahorros con domicilio social en su territorio, y para las actividades realizadas en el mismo, en las materias que sean de su competencia. Tres. En materia de disciplina e inspección el Banco de España podrá establecer Convenios con las Comunidades Autónomas." [Incisos en cursiva declarados inconstitucionales y nulos por fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 marzo núm. 49/1988. Recursos de Inconstitucionalidad núms. 990/1985, 991/1985 y 1007/1985 (acum.)] De aquí se deduce, de acuerdo con la jurisprudencia recaída sobre el tema, que estas funciones de disciplina, inspección y sanción -las dos últimas de naturaleza esencialmente ejecutiva-, especialmente en lo que ahora nos atañe, la materia de solvencia y seguridad, sobre las Cajas de Ahorros, corresponden al Gobierno y al Banco de España, dentro de sus respectivas competencias como competencias básicas del Estado. Y en materia de disciplina e inspección, el Banco de España podría celebrar convenios con las Comunidades Autónomas, hay que entender que incluso dentro de las propias competencias del órgano regulador. Por otra parte, tales funciones estatales le corresponden al Banco de España en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.6 de su Ley reguladora (Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España), que estipula: "El Banco de España deberá supervisar, conforme a las disposiciones vigentes, la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de cualesquiera otras entidades y mercados financieros cuya supervisión le haya sido atribuida, sin perjuicio de la función de supervisión prudencial llevada a cabo por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias y de la cooperación de éstas con el Banco en el ejercicio de tales competencias autonómicas de supervisión." Por el contrario, las funciones análogas de las Comunidades Autónomas (disciplina, inspección y sanción) quedan referidas, aparte de a su propio territorio, a una cláusula de remisión a las materias que sean de su competencia. Esta referencia hay que buscarla en los Estatutos de Autonomía, pero interpretada en todo caso a la vista de las referidas competencias básicas estatales. En cuanto a éstas es preciso advertir que la propia Ley de Autonomía del Banco de España, en el precepto antes transcrito, les atribuye a las Comunidades Autónomas "una supervisión prudencial" en el ámbito de sus competencias. Pues bien, el Estatuto de Autonomía del País Vasco atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en relación con las Cajas de Ahorro, según recoge el artículo 10, en los términos siguientes: "Artículo 10. La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: [...] 26. Instituciones de crédito corporativo, público y territorial y Cajas de Ahorro en el marco de las bases que sobre ordenación del crédito y la banca dicte el Estado y de la política monetaria general." Tal competencia exclusiva ha sido desarrollada por la Ley vasca 3/1991, cuyo artículo 3 atribuye a la Comunidad Autónoma "en el marco normativo que resulte de aplicación, las funciones de protectorado y control público de acuerdo con los siguientes principios: "[...] g) vigilar el cumplimiento por las cajas de ahorros de las normas de ordenación y disciplina aplicables a las entidades de crédito". Competencia que ha de entenderse, evidentemente, con pleno respeto a las competencias básicas delimitadas por la disposición adicional de la Ley de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros ya reproducida. De este marco normativo se deduce, por tanto, con claridad que, en defecto de convenio entre el Banco de España y la Comunidad Autónoma del País Vasco y en materia de solvencia y seguridad de las cajas de ahorro, al Banco de España le corresponden en su integridad las funciones de inspección, disciplina y sanción, y al Gobierno vasco, con

respeto de dichas competencias estatales, la de vigilar el cumplimiento por parte de dichas entidades de las normas de ordenación y disciplina. Más en concreto esto significa que en el plano de las actuaciones de ejecución de las normas de ordenación y disciplina -cuya aprobación corresponden de forma indisputada al Estado, sea el Gobierno o el Banco de España según la naturaleza de tales disposiciones-, esto es, lo que supone cualquier decisión sobre el cumplimiento de las referidas normas de ordenación y disciplina, así como la aprobación de instrucciones de actuación mediante los correspondientes requerimientos, corresponden sin duda al Banco de España. A la Comunidad Autónoma le correspondería, por su parte, la supervisión de la actuación de las cajas de ahorro, lo que implica la facultad de recabar la información necesaria para valorar dicha actuación, incluso en materia de solvencia y seguridad, pero defiriendo al Banco de España la decisión sobre el cumplimiento o incumplimiento de las referidas normas por parte de las cajas de ahorros y, desde luego, la formulación de los requerimientos de actuación que fuesen pertinentes para asegurar la solvencia y seguridad crediticias de dichas instituciones. A lo sumo, podría entenderse comprendida dentro de esa función de supervisión la formulación de valoraciones y recomendaciones prudenciales sobre el cumplimiento de las referidas normas, pero sin llegar a juicios técnicos sobre su cumplimiento y, menos aún, a formular requerimientos de actuación. Antes bien, dentro del deber de colaboración entre Administraciones Públicas, en caso de considerar precisos tales requerimientos, procedería poner en conocimiento del Banco de España los datos obtenidos y su valoración para que el supervisor adoptase las decisiones oportunas” (STS de 4 de mayo de 2010 –RC 3856/2007-).

VIII.5. Expendedurías de tabaco

VIII.5.1. Libre circulación de mercancías: una normativa que prohíbe a los titulares de expendedurías de tabaco y timbre desarrollar la actividad de importación de labores de tabaco a otros Estados miembros se opone a la libre circulación de mercancías. STS de 8 de noviembre de 2012 (RCA 59/2007)

El Tribunal supremo estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EXPENDEDORES DE TABACO Y TIMBRE [ANETT] (EMPRESARIOS Y COMERCIANTES DEL TABACO [ECOT]) contra el Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el Estatuto concesional de la red de expendedurías de tabaco y timbre. El TS fundamenta la sentencia en las consideraciones vertidas por el TJUE en su sentencia de fecha 26 de abril de 2012 por la que declara que «el artículo 34 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe a los titulares de expendedurías de tabaco y timbre desarrollar la actividad de importación de labores de tabaco a otros Estados miembros»

“La pretensión de que se declare la nulidad del apartado uno del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en cuanto, al modificar el artículo 2 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, mantiene como causa general de incapacidad para poder ser operador en el mercado de tabacos y realizar las actividades de fabricación, importación

o comercialización al por mayor ser titular de una expendedoría de tabaco y timbre, fundamentada en el argumento de que dicha prohibición es ajena a la función específica del monopolio y vulnera el artículo 28 del Tratado CE, debe ser estimada, en el sentido que se desprende de la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 2012 (C-456/10), que, resolviendo la cuestión prejudicial planteada por esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, declaró que es contrario al artículo 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 28 CE), que estipula que «quedan prohibidas entre los Estados miembros las restricciones a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente», una normativa nacional que tenga por objeto o produzca el efecto de tratar de impedir u obstaculizar el acceso libre de los productos legalmente fabricados y comercializados en un Estado miembro en otros Estados miembros, lo que determina que, en el supuesto contemplado en el presente proceso, deba considerarse contraria a dicha disposición del Tratado la medida adoptada en la legislación española que prohíbe a los minoristas de tabaco importar directamente labores de tabaco de otros Estados miembros, en cuanto les obliga a abastecerse de los mayoristas autorizados, pues les ocasiona diversos inconvenientes que no tendrían si pudieran llevar a cabo la importación ellos mismos, y obstaculiza el acceso al mercado nacional de esos productos.

Al respecto, cabe consignar que la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 2012, se fundamenta en los siguientes razonamientos jurídicos, que determinan el alcance de la obligación de los Estados miembros de garantizar la libre circulación de mercancías en el seno de la Unión Europea frente a aquellas normativas nacionales de carácter comercial que pueden obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el acceso libre de los productos legalmente fabricados y comercializados en cualesquiera de los Estados miembros a los mercados nacionales:

«[...] 38 A este respecto debe destacarse que, al prohibir a los minoristas de tabaco importar directamente dichos productos de otros Estados miembros, la citada normativa los obliga a abastecerse en los mayoristas autorizados. Este modo de abastecimiento puede ocasionar diversos inconvenientes a los que dichos minoristas no tendrían que hacer frente si llevaran a cabo la importación ellos mismos.

39 En particular, los mencionados minoristas sólo pueden comercializar una labor de tabaco proveniente de otro Estado miembro si dicho producto está incluido en la gama de productos ofrecida por los mayoristas autorizados en España y si éstos lo tienen en stock. De ese modo, cuando la gama de productos de los mayoristas no incluye un producto en concreto, los minoristas de tabaco no tienen ninguna posibilidad directa, flexible y rápida de responder a la demanda de sus propios clientes interesados en ese producto.

40 Esta afirmación no resulta invalidada en absoluto por la obligación impuesta a los importadores de garantizar la disponibilidad de las labores de tabaco en todo el territorio nacional siempre que exista demanda de dichos productos, como prevé la legislación nacional. En efecto, los citados importadores pueden decidir no importar determinados productos demandados por un número de interesados que consideren demasiado reducido o importarlos con retraso. En cambio, es indudable que cualquier minorista de tabaco sería capaz de reaccionar de una manera más flexible y rápida que los importadores a las demandas de los clientes con los que mantiene un contacto directo y frecuente.

41 Además, se impide a los minoristas de tabaco abastecerse en los demás Estados miembros aunque los fabricantes o los mayoristas que se hallen establecidos en éstos puedan ofrecer condiciones de abastecimiento más ventajosas, especialmente en las zonas fronterizas, ya sea debido a la proximidad geográfica ya gracias a las modalidades de entrega específicas que ofrecen.

42 Todos estos factores pueden repercutir negativamente en la selección de los productos que los minoristas de tabaco incluyen en sus gamas de productos y, en definitiva, en el acceso al mercado español de diferentes productos provenientes de otros Estados miembros.

43 En estas circunstancias, procede declarar que la prohibición controvertida en el litigio principal obstaculiza el acceso al mercado de esos productos.».

En este sentido, cabe significar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia de 14 de diciembre de 1995 (C-387/93), había establecido que una legislación nacional que reserva la venta al por menor de labores de tabaco a distribuidores autorizados por el poder público no es contraria al Derecho Comunitario siempre que el Estado no intervenga en las decisiones de abastecimiento de los minoristas:

«[...] 27 En efecto, como el Tribunal de Justicia afirmó en sus sentencias de 3 de febrero de 1976, Manghera y otros (59/75, Rec. p. 91); de 13 de marzo de 1979, Hansen (91/78, Rec. p. 935), y de 7 de junio de 1983, Comisión/Italia (78/82, Rec. p. 1955), el artículo 37 del Tratado no exige la supresión total de los monopolios nacionales de carácter comercial, sino únicamente su adecuación, de tal manera que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado. Tanto del texto del artículo 37 como del lugar en que se encuentra en el sistema del Tratado resulta que este artículo tiene la finalidad de garantizar la observancia de la norma fundamental de la libre circulación de mercancías en todo el mercado común, especialmente, mediante la supresión de las restricciones cuantitativas y de las medidas de efecto equivalente en los intercambios entre los Estados miembros y de mantener de este modo unas condiciones normales de competencia entre las economías de los Estados miembros cuando, en uno u otro de dichos Estados, determinado producto esté sujeto a un monopolio nacional de carácter comercial.

28. En primer lugar, debe recordarse que las cuestiones del Juez nacional se refieren sólo incidentalmente a la producción y a la importación de labores del tabaco en Italia.

29. En segundo lugar, el artículo 37 no es aplicable a aquellas disposiciones nacionales que no afectan al ejercicio de su derecho de exclusividad por parte de un monopolio público, sino que regulan de modo general la producción y la comercialización de mercancías, con independencia de que estén comprendidas o no en el monopolio de que se trata (sentencia de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, «Cassis de Dijon», 120/78, Rec. p. 649, apartado 7). Precisamente, en un sistema de distribución como el contemplado en las cuestiones prejudiciales, sólo podría ser de otro modo si resultara que las disposiciones controvertidas permiten a las autoridades italianas intervenir en las decisiones de abastecimiento de los minoristas. [...]

31 Procede, pues, responder a la primera parte de la primera cuestión que el artículo 37 del Tratado carece de pertinencia respecto a una legislación nacional, como la italiana, que reserva la venta al por menor de labores del tabaco a distribuidores autorizados por el poder público, siempre que éste no intervenga en las decisiones de abastecimiento de los minoristas.».

El Tribunal de Justicia, en la referida sentencia de 26 de abril de 2012, rechaza expresamente las alegaciones formuladas por el Gobierno español en el marco del procedimiento prejudicial, respecto de que la prohibición controvertida de impedir a los expendedores de tabaco importar labores de fabricación pueda justificarse por la necesidad de garantizar un control fiscal y aduanero de las labores de tabaco y asegurar su control sanitario, o para alcanzar objetivos relacionados con la protección de los consumidores, en aras de evitar que el titular de la expendedoría privilegie a determinados productos frente a otros que supondría introducir ventajas competitivas excesivas en favor de los minoristas de tabaco, en los siguientes términos:

«[...] 50 En lo que respecta, en primer lugar, a la alegación de los Gobiernos español e italiano basada en la necesidad de garantizar un control fiscal, aduanero y sanitario de las labores de tabaco, recuérdese que corresponde a las autoridades nacionales, al adoptar una medida que supone una excepción a un principio reconocido por el Derecho de la Unión, probar, en cada caso, que dicha medida es adecuada para garantizar la consecución del objetivo invocado y que no excede de lo necesario para alcanzarlo. Por tanto, las razones justificativas que puede invocar un Estado miembro deben ir acompañadas de un examen de la idoneidad y de la proporcionalidad de la medida adoptada por dicho Estado y de datos precisos en los que pueda sustentarse su alegación (véanse las sentencias de 18 de marzo de 2004, *Leichtle*, C-8/02, Rec. p. I-2641, apartado 45, y de 13 de abril de 2010, *Bressol y otros*, C-73/08, Rec. p. I-2735, apartado 71).

51 Pues bien, los Gobiernos español e italiano no sustentan su alegación en ningún dato que reúna los requisitos precisados en el apartado anterior. En particular, no explican en qué medida la posibilidad de que los minoristas de tabaco importen ellos mismos labores de tabaco obstaculizaría la aplicación de las medidas de control fiscal, aduanero y sanitario a dichos productos.

52 Procede desestimar asimismo la alegación basada en la protección de los consumidores. Aun suponiendo que la exigencia de garantizar en términos generales una gama de productos uniforme constituya un objetivo legítimo de interés general que merezca ser perseguido mediante normas jurídicas, y no mediante las leyes del mercado, el respeto de dicha exigencia podría alcanzarse, en cualquier caso, a través de medidas menos restrictivas, como la imposición de una obligación a los minoristas de tabaco de tener en stock una gama de productos mínima predefinida.

53 Seguidamente, el Gobierno español no puede sostener que la restricción examinada puede justificarse porque la posibilidad de importar labores de tabaco daría lugar a una ventaja competitiva excesiva favorable a los minoristas de tabaco. En efecto, esta consideración es de índole puramente económica. Según reiterada jurisprudencia, los motivos de carácter meramente económico no pueden constituir razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental

garantizada por el Tratado (véanse las sentencias de 13 de enero de 2000, TK-Heimdienst, C-254/98, Rec. p. I-151, apartado 33, y de 17 de marzo de 2005, Kranemann, C-109/04, Rec. p. I-2421, apartado 34).

54 Por último, procede desestimar la alegación del Gobierno español según la cual la eliminación de una restricción a la libre circulación de mercancías únicamente puede justificarse si con ella se consigue una ventaja para los consumidores. A este respecto basta destacar que, en este caso, la eliminación de la prohibición controvertida en el litigio principal puede beneficiar a los consumidores, al permitir a los minoristas de tabaco ampliar la gama de productos de que disponen.

55 Habida cuenta de las consideraciones que preceden, ha de declararse que la restricción derivada de la normativa controvertida en el litigio principal no está justificada por la consecución de los objetivos invocados.».

La declaración de nulidad del apartado uno del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, en cuanto mantiene la prescripción del artículo 2.uno c) del Real Decreto 1199/1999, que prohíbe a los expendedores de tabaco y timbre desarrollar directamente la actividad de importación de labores de tabaco fabricados y comercializados en otros Estados miembros de la Unión Europea, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, obliga al titular de la potestad reglamentaria a adaptar la regulación de las causas generales de incapacidad para ser operador y los preceptos reglamentarios conexos, de modo que no se inhabilite al titular de una expendedoría de tabaco y timbre para poder importar labores de tabaco fabricados o comercializados en Estados de la Unión Europea, con el fin de garantizar el acceso libre al mercado nacional.

VIII.5.2. La neutralidad de la red de distribución de productos del tabaco permite justificar la prohibición de que la labor de promoción de productos de tabaco sea retribuida. STS de 8 de noviembre de 2012 (RCA 59/2007)

“La pretensión de que se declare la nulidad de los apartados cinco y seis del artículo único del Real Decreto 1/2007, de 12 de enero, que procede a modificar el artículo 10, apartado dos y el artículo 11, apartado uno del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, fundamentada en que la prohibición establecida en dichas disposiciones, respecto que la promoción de marcas o productos del tabaco en las expendedorías sea retribuida, no puede prosperar, puesto que consideramos que dicha restricción está justificada por las características singulares de la regulación del comercio al por menor de labores de tabaco en régimen de monopolio, ya que, según se establece en el artículo 4 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, los precios de venta al público de los distintos tipos, marcas y modalidades de tabaco se determinan por los fabricantes o los importadores y los expendedores tienen fijado por Ley el margen comercial que perciben por la venta de labores de tabaco.

Al respecto, cabe poner de relieve que el comercio al por menor de labores de tabaco está regulado por «el principio de neutralidad de la red minorista», lo que justifica que

se prohíba la retribución de las actividades promocionales de labores de tabaco, que puede derivar en una incentivación de su consumo.

En este sentido, cabe consignar que el artículo 3, apartado seis, de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, establece que «los fabricantes, importadores y mayoristas no podrán financiar, directa o indirectamente, a las organizaciones representativas de los expendedores y de los autorizados para la venta con recargo. Cualquier acuerdo, con o sin contenido económico, relacionado con el tabaco o ajeno a él, deberá someterse a la aprobación del Comisionado, que resolverá en el plazo de un mes».

Y el artículo 4, apartado ocho, de la referida Ley 13/1998, de 4 de mayo, estipula que «las expendedorías no podrán identificarse externamente con elementos propios logotipos o rótulos de ningún fabricante, marquista, o distribuidor concreto, o de cualquier otro operador en el mercado distinto de las propias expendedorías. Habrán de actuar con criterios eminentemente comerciales orientados a la mejor atención del servicio al público en cuanto a días y horario de apertura y cierre y a la suficiente y adecuada localización geográfica de las expendedorías, con arreglo a lo que disponga el estatuto concesional y las normas reglamentarias»

VIII.5.3. Clases: expendedorías de carácter permanente

Sólo permite que se desarrollen en el establecimiento comercial actividades de venta de labores de tabaco, efectos timbrados y signos de franqueo y otros documentos relativos a la recaudación de impuestos, no comprendiendo la de productos de joyería, relojería y papelería. STS de 23 de noviembre de 2010 (RC 2806/2008)

En este sentido, cabe consignar que el artículo 33.uno a) del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre, considera expendedorías generales de carácter permanente a los establecimientos comerciales instalados en locales independientes, que tienen por objeto principal la venta al consumidor, a los precios de tarifa, de los productos y documentos indicados en el artículo 31, apartados uno a tres, de donde se infiere, siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2008 (RC 3276/2006), que no puede admitirse la participación en un concurso general de aquellos concursantes que no cumplan los requisitos específicamente exigidos en la convocatoria, que posibilite el establecimiento de una expendedoría que por su objeto y características se corresponda con la categoría de expendedorías de carácter complementario, a las que se refiere el artículo 33, apartado tres, del citado Real Decreto 1199/1999.

VIII.5.4. Adjudicación

VIII.5.4.1. Motivación de las resoluciones de adjudicación. STS de 7 de octubre de 2011 (RC 567/2009)

Nada de lo que dice la parte recurrente en el motivo que se acaba de resumir sucintamente desmiente la detallada argumentación de la Sentencia recurrida sobre la inexistencia de motivación en la resolución impugnada en lo que respecta a la puntuación otorgada a la distancia al centro docente del local del recurrente, que no se puede justificar en el informe del Comité Consultivo de la Comisión para el Mercado de Tabacos, dada su ausencia en el expediente, sin que tampoco se justifiquen las sucesivas variaciones e incremento final de dicha distancia -decisivo para el resultado del concurso-. En efecto, tal como señala la Sala de instancia nada en la resolución administrativa o en el expediente explica las variaciones de la puntuación en ese aspecto en las sucesivas hojas de valoración, por lo que la decisión a ese respecto está ayuna de justificación. En consecuencia, siendo la valoración derivada de ese elemento decisiva para el resultado del concurso, no se puede objetar que la Sala de instancia haya entendido que la resolución resulta inmotivada y haya anulado la resolución de adjudicación obligando a la Administración a subsanar dicha deficiencia.

VIII.5.4.2. Condiciones para la adjudicación de las expendedorías de tabaco:

VIII.5.4.2.1. Alejamiento de centros docentes: incluye los de educación infantil aunque no se mencione expresamente en la convocatoria. STS de 18 de julio de 2012 (RC 7/2011)

[E]s posible concluir que la omisión en la convocatoria de toda referencia a la educación infantil, al contrario de lo que ocurre en la examinada en la Sentencia transcrita pero por las mismas razones valoradas en ella, puede oponerse al artículo 35 del Real Decreto 1199/1999, así como que tales centros infantiles pueden integrarse en el ámbito de los centros «equivalentes» a que se refiere el mismo apartado de la convocatoria. Aunque los centros infantiles estén destinados a escolares entre 3 y 6 años, la finalidad tuitiva que justifica la norma no se limita a dificultar el acceso material al tabaco, en cuyo caso bastaría con la prohibición de su venta a menores, sino también a evitar la habituación desde temprana edad a los estímulos de consumo de esta sustancia. El propósito de evitar la exposición del público, y particularmente de los menores, a tales estímulos, es un propósito del legislador reiterado en posteriores normas (así, la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo, la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, modificada por la Ley 42/2010, de 30 de diciembre), y carece de justificación privar de tal protección a los alumnos de centros infantiles.

VIII.5.4.2.2. Compatibilidad del adjudicatario. La incompatibilidades debe acreditarse que en el momento de la resolución del concurso la persona que resulta adjudicataria no esté incurso en ninguna de las causas legales de incompatibilidad que le inhabilitan para ser titular de la expendeduría general de tabaco y timbre. STS de 5 de julio de 2012 (RC 2156/2009)

En efecto, consideramos que la Sala de instancia realiza una interpretación razonable y no arbitraria de las bases 1.1.5 y 1.3 del pliego de condiciones que rigen el Concurso público para la provisión de Expendedurías Generales de Tabaco y Timbre analizado, al sostener, con fundamento en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 24 de noviembre de 2008 (RC 1765/2006), que resulta determinante, para declarar la conformidad a Derecho de la resolución del concurso, la acreditación de la circunstancia de que en dicho momento la persona que resulta adjudicataria no esté incurso en ninguna de las causas legales de incompatibilidad que le inhabilitan para ser titular de la expendeduría general de tabaco y timbre, como acontece en el supuesto enjuiciado, en que se constata fehacientemente que Doña Rosario Lara Hernández no prestaba servicios en la Administración de Justicia cuando se dictó la resolución de la Subsecretaría de Economía de 29 de julio de 2002.

VIII.5.4.2.3. Disponibilidad del local;

- **Doctrina general:** sentido funcional de la cláusula de disponibilidad del local. STS de 22 de septiembre de 2009 (RC 5007/2006)

Con carácter previo al examen del motivo es oportuno que traigamos a colación la doctrina que esta Sala viene manteniendo respecto del requisito de disponibilidad del local, exigido para participar en las convocatorias como la de autos.

En nuestra sentencia de 24 de junio de 2008 (recurso de casación 6873/2005), con cita de otras precedentes, hemos afirmado que aquel requisito ha de ser interpretado "[...] de una manera flexible, con criterio funcional y nunca con carácter restrictivo, habida cuenta de que se trata de posibilitar el acceso a las expendedurías al mayor número de personas que reúnan los requisitos legales, generalmente particulares con escasos recursos económicos que van a hacer de este comercio su modo de vida, a los que no se les puede exigir de antemano realizar una inversión en la adquisición de la titularidad de un local para el ejercicio de una actividad a la que todavía no están autorizados a desarrollar hasta que no se resuelva el concurso y sean ellos los adjudicatarios. Es por ello que en el elenco de documentos acreditativos de la disponibilidad se incluya en las bases de los concursos desde el título de propiedad del local, el usufructo, subrogación, o la opción de compra o arrendamiento."

Esa misma flexibilidad nos ha permitido afirmar (por ejemplo en la sentencia de 18 de marzo de 2008, recurso de casación 2582/2005, entre otras) que "[...] la idea central de la disponibilidad del local es, pues, que adjudicada la concesión administrativa, ella pueda desarrollarse en el local ofertado, lo que implica que la posesión del local ha de corresponder al adjudicatario al tiempo al tiempo del inicio del desarrollo de la concesión. Por ello, una cláusula que somete la eficacia jurídica del contrato de arrendamiento a la efectiva adjudicación de la expendeduría, es conforme al concepto

de "disponibilidad del local", en cuanto la finalidad señalada por el Tribunal Supremo de hacer efectiva la adjudicación en el local ofertado se cumple con esta condición".

[...] La apreciación del requisito objeto de análisis se ha inspirado, pues, en lo que calificamos de "sentido funcional de la cláusula de disponibilidad del local", respecto del cual hemos hecho las oportunas precisiones en nuestra sentencia de 20 de enero de 2005 (recurso de casación 7028/2001) que a su vez se inspira en otra de 20 de octubre de 2004 (recurso de casación 5554/2001). A ellas podríamos añadir la más reciente de 24 de noviembre de 2008 (recurso de casación número 1765/2006) en la misma línea, más las dos del año 2008 que acabamos transcribir en parte.

- **Arrendamiento sujeto a condición suspensiva.** STS de 22 de septiembre de 2009 (RC 5007/2006)

[...]Rechazábamos con ello [la doctrina jurisprudencial general] la tesis de la Administración en cuanto sostenía que el establecimiento de una condición suspensiva en el contrato de arrendamiento del local aportado por la actora, según la cual el cómputo del inicio del contrato comienza con la concesión de la expendedoría, incumple el requisito de la "disponibilidad del local".

En efecto, las consideraciones que en sentencias precedentes hemos hecho sobre la validez de las condiciones suspensivas insertas en los correspondientes títulos acreditativos de la disponibilidad (esto es, títulos cuya eficacia jurídica aparece aplazada hasta el cumplimiento de una condición que es precisamente la adjudicación de la expendedoría a favor del arrendatario) son igualmente aplicables a las condiciones resolutorias como la de autos. El designio de aquellas consideraciones es evitar que ofertas presentadas de forma ajustada a Derecho en tiempo y forma puedan quedar decaídas, o excluidas sus legítimas expectativas, a consecuencia de una actuación de la Administración que incumpla la obligación de resolver dentro del plazo que las bases establecen.

- **Arrendamiento sujeto a condición resolutoria.** STS de 7 de abril de 2009 (RC 5157/2006)

El contrato de arrendamiento formalizado por el Sr. Rojo estaba sometido a una condición resolutoria (no haber obtenido la adjudicación o la posterior licencia de apertura) cuyo cumplimiento o no depende, como resulta palmario, de la finalización conforme a ley del procedimiento de adjudicación. En la medida en que la Sentencia recurrida ha anulado la resolución administrativa impugnada y ha ordenado la retroacción de actuaciones a un momento inicial del procedimiento, no hay todavía adjudicación definitiva ni a favor ni en contra del Sr. Rojo. En consecuencia, ni siquiera ha habido todavía posibilidad de que se cumpla dicha condición resolutoria, en contra de lo que afirma la recurrente, quien parece entender que la posición del Sr. Casiano no ha sufrido ningún cambio ni con la anulación de la inicial adjudicación a su favor por la resolución del recurso de alzada entablado por ella, ni con la anulación judicial de dicha resolución administrativa y la consiguiente retroacción de actuaciones. En definitiva, al anular la Administración la adjudicación inicial al Sr. Rojo y al haber declarado luego la Sentencia impugnada la validez del contrato de arrendamiento sometido a condición resolutoria a los efectos del concurso y anular la resolución administrativa impugnada,

no podía la Sala de instancia entrar siquiera en circunstancias que todavía no han podido tener lugar, como si se cumplió o no la referida condición en alguna de sus dimensiones (falta de adjudicación de la expendedoría o de obtención de la licencia). Debe pues desestimarse el motivo.

VIII.5.4.2.4. Características del local: presentación de dos locales para una misma expendedoría. STS de 10 de marzo de 2009 (RC 1218/2006)

En cuanto a la posibilidad legal de que puedan presentarse dos locales para una misma adjudicación, deben aceptarse los fundamentos de la sentencia recurrida, a lo que debe añadirse que, incluso admitiendo la posibilidad de su unión, se estaría variando la finalidad de la convocatoria que quiere que el local que se presente reúna una determinadas características unitarias en el momento de la solicitud, no sujeto a posteriores acondicionamientos, más o menos factibles, que incluso pudieran determinar su imposibilidad de realización por motivos urbanísticos y medioambientales, en base a negativa de autorizaciones de obras, apertura de establecimientos, etc.

VIII.5.4.2.5. Distancia entre expendedorías: forma de medirla. STS de 5 de mayo de 2009 (RC 2120/2006)

En efecto, el criterio interpretativo de la base 2.2 in fine del Anexo I del Pliego de Condiciones que avala la Sala de instancia, con base en el artículo 124 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 13/1992, de 17 de enero, y que vincula al Comisionado para el Mercado de Tabacos, que entiende que deben computarse las distancias controvertidas atendiendo al recorrido normal que efectuaría un ciudadano para cruzar las calzadas a través de los pasos de peatones o pasos de cebra existentes, con el objetivo de acceder a los establecimientos comerciales del entorno, resulta conforme con el criterio de la lógica, que refiere el artículo 3.1 del Código Civil, como criterio hermenéutico de interpretación de las normas, en cuanto que no desnaturaliza el sentido finalista de la base analizada, que trata de promover aquellos locales propuestos que puedan lograr un mejor rendimiento económico por encontrarse en un entorno comercial activo, y que persigue impedir, conforme a su significado literal «camino abierto al tránsito», que se realice el recorrido por caminos que, aunque fueran más directos, puedan suponer un peligro para la seguridad de los potenciales usuarios, por no estar habilitados para el tránsito de los peatones.

VIII.5.5. Procedimiento de adjudicación. Naturaleza subsanable de los defectos de los concursantes en relación con la constitución de la fianza

VIII.5.5.1. Error cometido respecto de la cuenta en la que se efectuó el depósito. STS de 1 de abril de 2009 (RC 4950/2006)

En efecto, consta acreditado en autos y la propia Sentencia de instancia así lo reconoce en el fundamento de derecho primero que el recurrente depositó efectivamente la fianza correspondiente en una cuenta del Banco de Santander de la que era titular el Organismo Autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos -cuenta en la que había que liquidar la tasa que se estipulaba en la base 1.2 del pliego de condiciones-, cuando lo cierto es que la base 1.3, párrafo segundo, del pliego de condiciones ordenaba que la fianza debía constituirse en cambio en la Caja General de Depósitos o en cualquiera de sus sucursales. Por otra parte consta también que el Comisionado tuvo pleno conocimiento y acreditación de que el concursante había efectuado el depósito de la cantidad correspondiente a la fianza, con el susodicho error en cuanto a la cuenta.

[...] Así, tal como sostiene el recurrente, en aplicación de lo dispuesto en la base 5.2 del pliego de condiciones, el Comisionado debió requerir al recurrente para que en el plazo de diez días subsanase el defecto en que había incurrido al cumplir el requisito relativo a la fianza. Al no hacerlo así infringió la citada base del pliego de condiciones, como luego han hecho las resoluciones administrativas impugnadas y, en último término, el órgano judicial revisor de las mismas.

VIII.5.5.2. Aval temporal. STS de 9 de febrero de 2011 (RC 2806/2008)

El motivo de casación formulado, en lo que concierne a la infracción del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debe ser acogido, en cuanto que consideramos, con base en el principio **pro civem**, que no procedía declarar desierto el concurso, respecto a la provisión de la expendeduría de tabaco y timbre del Polígono 07054041 en la localidad de Puig d'en Valls, municipio de Santa Eulalia del Río (Ibiza), por exclusión de la recurrente, por no cumplir los requisitos establecidos en el apartado 1.3 del Pliego de Condiciones que rige la Convocatoria, por resultar insubsanable la constitución de la fianza, al haberse acreditado en las actuaciones, por certificación de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, la vigencia del aval prestado por Doña Micaela ante el Comisionado para el Mercado de Tabacos, por la cantidad de seis mil euros, formalizado el 11 de septiembre de 2003, y que vencía el 10 de diciembre de 2003, hasta el 30 de septiembre de 2004, al haber quedado prorrogado hasta dicha nueva fecha.

En efecto, sostenemos que en el supuesto enjuiciado, en razón de las circunstancias singulares concurrentes, y en razón de la imprecisión del apartado 1.3 del Pliego de Condiciones del concurso público para la provisión de Expendedurías Generales de Tabaco y Timbre, convocado por Resolución de la Subsecretaría de Economía de 22 de julio de 2003, en cuanto a la determinación de las condiciones de constitución de la garantía provisional por importe equivalente a 6.000 euros, a disposición del Comisionado para el Mercado de Tabaco, no es contrario al principio de seguridad jurídica, que comprende la expectativa legítima de quienes participan en un concurso para la adjudicación de expendedurías de tabaco y timbre de recibir un trato igual del

órgano encargado de resolverlo, la obligación de habilitar prudencialmente un trámite de subsanación si apreciase que el originario aval prestado, formalizado el 11 de septiembre de 2003, no era adecuado por tener un plazo limitado de duración de tres meses y caducar el 10 de diciembre de 2003, cuando el concurso se resolvió el 16 de diciembre de 2003, y no era previsible que la tramitación del concurso se alargara por un tiempo superior a tres meses.

VIII.6. Financiación de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social

“(…)no cabe exigir a la Dirección General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas, que aplique el índice de incremento del Producto Interior Bruto que, en el momento de dictarse la resolución de julio de 2005 no era conocido, puesto que, como aduce la Sala de instancia, con rigor jurídico, la garantía de financiación de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, establecida en la disposición transitoria segunda de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, que se articula en el artículo 97 de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, exige que su cálculo se realice tomando en consideración los datos referentes al índice del Producto Interior Bruto nominal a precios de mercado que tenga carácter definitivo, estando obligada la Administración del Estado a revisar las liquidaciones que se practiquen anticipadamente con base en datos o estimaciones provisionales para preservar la integridad de dicha garantía financiera, en los términos establecidos por el legislador” (STS de 7 de junio de 2012 –RC 5329/2009-).

VIII.7. Medios de pago por parte de las Administraciones Públicas

“La restricción a un solo medio de pago, de entre los varios admitidos previamente por el Real Decreto 227/1981 tenía respaldo, a juicio de esta Sala, no tanto en las normas liberalizadoras de las profesiones ni en las que atienden a la implantación en España de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, sino en las disposiciones singulares aplicables al régimen de pagos vigente en la Administración del Estado, como bien destacara el dictamen del Consejo de Estado. Llevan razón los demandantes cuando afirman que a lo largo del expediente la Administración ha vacilado -o no ha acertado- al identificar la base normativa de su decisión pero lo cierto es que ésta existe. El artículo 110 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, habilita de modo expreso al Ministerio de Economía y Hacienda para establecer que, en la realización de determinados ingresos o pagos de la Administración General del Estado, "sólo puedan utilizarse ciertos medios de pago especificando en cada caso las particulares condiciones de utilización". No hay, en principio, exigencias legales que impidan ampliar o limitar, en un sentido o en otro, los mecanismos de pagos que adoptará la Administración General del Estado para hacer frente a sus obligaciones. A partir de este dato normativo -que atiende a consideraciones obvias de simplificación administrativa, unificación de procedimientos y aprovechamiento de las herramientas informáticas- no es discutible la validez de una disposición reglamentaria que imponga como mecanismo único para el pago de haberes o pensiones, bien sea de los funcionarios en activo bien de los beneficiarios del sistema de Clases Pasivas, el de transferencia a

cuenta corriente o libreta ordinaria abiertas en una entidad financiera. El Ministerio de Economía y Hacienda podía, en efecto, sobre la base del artículo 110 de la Ley 47/2003, restringir o limitar a la modalidad de pago por transferencia bancaria el abono de haberes o pensiones, excluyendo el pago en metálico o por talón o cheque. Podía asimismo, con la misma habilitación legal, prescindir a estos efectos de la "colaboración" de terceras personas, más o menos ligadas hasta entonces a la propia Administración pagadora. Y las dudas existentes sobre si esta restricción a un único instrumento de pago cual es la transferencia bancaria podía llegar hasta el punto de que la cuenta corriente o libreta receptora del importe de la pensión debiera estar precisamente "a nombre" del beneficiario han de resolverse a favor de la admisibilidad de la medida. En efecto, el artículo 110 de la Ley 47/2003 se refiere tanto a los medios de pago como a las "condiciones de su utilización". Permite, pues, que la Administración desarrolle unos mecanismos o sistemas de pago directo al beneficiario y marque sus condiciones, lo que incluye excluir otras modalidades distintas del abono en cuentas corrientes o libretas abiertas en entidades financieras. Y autoriza asimismo -por las razones ya expuestas- a que la Administración limite el pago a la cuenta propia del pensionista o beneficiario, si considera que este mecanismo es más idóneo y rápido frente al sistema de pagos en la cuenta de los habilitados acreditados, para su ulterior traspaso a aquéllos. Desde una perspectiva meramente contractual podría llevar razón el Consejo recurrente cuando apela a la regulación general del contrato de mandato. En el ámbito estrictamente privado -y sin necesidad de hacer otras consideraciones adicionales sobre el juego de la autonomía de la voluntad dentro de las relaciones entre mandante y mandatario- bastaría recordar que según el artículo 1162 del Código civil "el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre". Sucede, sin embargo, que las relaciones jurídicas que subyacen en este litigio son las establecidas entre la Administración del Estado y el pensionista o beneficiario del régimen de clases pasivas, relaciones sujetas a un estatuto especial en el seno del cual la Administración viene legalmente autorizada a establecer un procedimiento específico para cumplir sus obligaciones y a definir tanto los medios de pago de las pensiones como las condiciones en que han de ser utilizados. El sistema adoptado, precisamente porque ha de ser de aplicación uniforme a los millones de pagos periódicos que ha de realizar la Administración, puede restringir las modalidades de ingreso a la transferencia bancaria y puede igualmente disponer que el pago sea directo, sin intermediarios, y se haga en exclusiva a la persona del pensionista en su cuenta o libreta abiertas en una entidad financiera. Una y otra medida encajan, insistimos, en los límites de la autorización que el Legislador ha dado al Gobierno para que regule los sistemas de pago de las pensiones de clases pasivas, entre otros. No habría inconveniente en compartir las alegaciones del Consejo General recurrente si no fuera porque la componente pública de las relaciones jurídicas en juego se impone a la autonomía de la voluntad de las partes en el seno de sus relaciones privadas de mandato. La Administración del Estado, con el respaldo legal ya examinado, es en realidad ajena a aquella relación de mandato y del mismo modo que en su día consideró oportuno permitir la actuación de los habilitados de clases pasivas como intermediarios en el pago de las pensiones correspondientes (y mantiene esta modalidad con carácter transitorio) puede, también por consideraciones de oportunidad, prescindir de o limitar esta intermediación para las pensiones que se devenguen a partir de una determinada fecha" (STS de 16 de mayo de 2012 –RCA 200/2010-).

IX. Energía

IX.1. Comisión Nacional de la Energía: caducidad de las facultades inspectoras

IX.2. Energía eléctrica

IX.2.1. Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica: inexistencia de infracción del principio de no arbitrariedad en la actuación de las Administraciones Públicas

IX.2.2. Corte de suministro eléctrico

IX.2.3. Intercambios comunitarios de energía eléctrica

IX.2.4. Producción de energía eléctrica en régimen especial. 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

IX.2.4.1. Supresión de las tarifas reguladas correspondientes a instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial a partir de un determinado momento. Inexistencia de retroactividad

IX.2.4.2. Inexistencia de afectación a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima

IX.2.4.3. Inexistencia de vulneración del principio de igualdad ante la Ley y no discriminación

IX.2.5. Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica

IX.2.6. Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial

IX.2.6.1. Sobre la alegación de prever un procedimiento irregular de revisión de oficio

IX.2.6.2. Sobre la alegación relativa al orden competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas

IX.2.7. Real Decreto 198/2010, de 26 de febrero, por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico a lo dispuesto en la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

IX.2.7.1. No implica restricción de la libre prestación de servicios de suministro eléctrico

IX.2.7.2. No afectación a la libertad de establecimiento

IX.2.8. Regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Competencia del Estado en la materia

IX.2.9. Reparto de costes en proyecto de ejecución de instalación eléctrica de alta tensión

IX.2.10. Tarifa eléctrica

IX.2.10.1. Retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica

IX.2.10.2. Bono social

IX.2.11. Trazado de línea eléctrica aérea

IX.3. Energía nuclear

IX.3.1. Almacenamiento de residuos radiactivos

IX.3.2. Seguridad nuclear

IX.4. Sector gasista

IX.4.1. Aparatos de gas

IX.4.2. Bases de datos de puntos de suministro: acceso de las empresas comercializadoras de gas

IX.4.3. Corte de suministro de gas

IX.4.4. Orden ITC/1724/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas a partir de 1 de julio de 2009

IX.4.5. Precios máximos de venta, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo envasados

IX.4.6. Real Decreto 1716/2004, de 23 de julio, por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de abastecimiento de gas natural y la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (CORES)

IX.4.7. Transmisión de la titularidad de las instalaciones de distribución ubicadas en la Comunidad de Madrid sin autorización administrativa. Improcedencia de la sanción impuesta

IX. Energía

IX.1. Comisión Nacional de la Energía. Caducidad de las facultades inspectoras

“Sobre la caducidad del procedimiento de inspección. Afirma el Abogado del Estado que a la hora de dilucidar la aplicación a los procedimientos que sigue la Comisión Nacional de la Energía del artículo 44.1 o el 44.2, en relación con el 42.2, de la Ley 30/1992, es preciso distinguir entre los procedimientos que se siguen en relación con el sistema de liquidaciones eléctricas y aquéllos otros de carácter estrictamente inspector e instructor dirigidos de manera específica respecto de una determinada persona o entidad. Según sostiene el representante de la Administración, a los primeros no les sería de aplicación el instituto de la caducidad por su no resolución en plazo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2, ya que se trata de procedimientos de

los que puede derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas; así habría ocurrido en el caso de autos, en el que no se han derivado para la entidad afectada consecuencias sancionadoras de ninguna especie. Se trata, por el contrario, de practicar la liquidación que corresponda, por lo que entraría en juego el plazo de prescripción del artículo 1966.3 del Código Civil. Se aduce en apoyo de la tesis expuesta la Sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 2.007 (RC 8.209/2.004), en la que se exponía la relevancia de la función inspectora para el interés general y las dificultades propias de un procedimiento de esta clase. El motivo no puede prosperar. En primer lugar, tiene razón la Sala juzgadora cuando distingue entre el plazo de prescripción para practicar la liquidación definitiva y para recaudar la cantidad resultante de la liquidación, y el procedimiento, éste ya de caducidad, para los procedimientos de inspección determinados y concretos que se desarrollan en relación con una determinada entidad. De esta manera, una cosa es el plazo en el que la Administración -en el supuesto la Comisión Nacional de Energía- puede desempeñar su función inspectora y liquidadora en el ámbito afectado y otra la duración limitada a la que debe someterse una concreta actuación inspectora dirigida a un determinado sujeto, so pena de incurrir en caducidad. No cabe duda de que en este último caso y en defecto de plazo de caducidad especial legalmente previsto en la regulación específica, se ha de aplicar el genérico de tres meses contemplado en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992 tal como ha hecho la Sala de instancia. Una segunda alegación del Abogado del Estado que es preciso rechazar es que en el caso de autos no habría de aplicarse el instituto de la caducidad al procedimiento inspector de que se trata al no ser éste de naturaleza sancionadora, sino que del mismo se podrían derivar, como así habría sido, el reconocimiento o la constitución de situaciones individualizadas: en definitiva, sostiene el Abogado del Estado que no sería de aplicación el apartado 2 sino el 1 del artículo 44 de la Ley 30/1992. No tiene razón el Abogado del Estado, pues siendo indudable que el procedimiento inspector llevado a cabo por la Comisión Nacional de la Energía no tiene carácter sancionador, se trata sin duda de una actuación de intervención de la que pueden resultar efectos desfavorables para la entidad sometida a inspección en una actividad regulada como lo es la del sector eléctrico. De hecho a resultas de dicha inspección y del acta de la misma (cuya aprobación por la Comisión Nacional de la Energía es el objeto del recurso contencioso administrativo) se propone la no aplicación en el futuro del régimen económico que se le venía aplicando a la empresa recurrente, además de efectuarse una liquidación que, en el caso, supone para la empresa afectada la obligación de devolver una determinada cantidad de dinero (519.858,85 euros). Semejante actuación es, como se ha dicho, y con independencia de que el resultado hubiese podido ser distinto, una actuación de intervención en una actividad regulada, no una de las contempladas en el artículo 44.1 de la Ley 30/1002, "de reconocimiento o, en su caso, de constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas", cuyo resultado es, precisamente, una determinada liquidación económica más o menos favorable al sujeto afectado y la propuesta de denegación de un determinado régimen económico del que venía disfrutando la empresa afectada. No obsta a lo anteriormente dicho la Sentencia de esta Sala que alega el Abogado del Estado. En primer lugar, porque el supuesto contemplado en ellas era diferente, ya que de lo que se trataba entonces era de la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de "velar por la correcta formación de los precios" facultad también de intervención, sin duda, pero que en el caso concreto se plasmaba en una resolución que afectaba a muchos sujetos y de manera diversa, favorable en unos casos y desfavorable en otros. Y, por otra parte, las principales conclusiones que se extraen en dicha Sentencia no resultan contradichas por lo que ahora decimos. Así, en aquel caso se hacía hincapié,

efectivamente, en la trascendencia e interés público de la función inspectora de determinados organismos o en la necesidad de atender a la naturaleza y dificultad de un determinado procedimiento de inspección, pero nada de ello resulta afectado por la ineludible aplicación del plazo de caducidad que corresponda en cada caso cuando se inicia un concreto procedimiento de inspección. Finalmente, huelga decir que, tal como recuerda el Abogado del Estado, la caducidad del procedimiento de inspección llevado a cabo no impide a la Comisión Nacional de Energía el iniciarlo de nuevo en tanto no haya prescrito el plazo para efectuar las correspondientes liquidaciones sobre las que versaba (SSTS de 17 de julio de 2012 –RC2542/2009- y de 8 de julio de 2010 –RC 5443/2007-).

IX.2. Energía eléctrica

IX.2.1. Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica: inexistencia de infracción del principio de no arbitrariedad en la actuación de las Administraciones Públicas

“El motivo de impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, fundamentado en la infracción del principio de no arbitrariedad, que denuncia que carecen de fundamentación objetiva las restricciones adoptadas sobre las instalaciones pertenecientes a las actividades de energía termoelectrónica y eólica, pues no se justifican en un exceso de instalación en este grupo, ni siquiera en un exceso de inscripción de instalaciones de este grupo en el nuevo Registro que pudiera comprometer la sostenibilidad técnica y económica del sistema, no puede ser acogido, pues como referimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012 (RCA 47/2010), son razones asociadas a la seguridad de suministro y al desarrollo eficiente de la red y del conjunto del sistema las que justifican atemperar el ritmo de crecimiento de las energías renovables a unas cifras gestionables en condiciones de seguridad dentro del sistema único; conclusión que no ha sido desvirtuada con las pruebas practicadas en este recurso contencioso-administrativo, pues resulta notorio en el contexto actual de fuerte restricción de la demanda e incremento exponencial del déficit tarifario la falta de capacidad del sistema para absorber toda la energía producida con fuentes renovables desde un punto de vista técnico y económico. Las restricciones técnicas introducidas por el Acuerdo gubernamental impugnado se vinculan también al desarrollo de la red de transporte necesaria para evacuar la energía generada, factor relevante que puede legítimamente ser utilizado para programar el ritmo de crecimiento de la generación según los preceptos del Real Decreto-ley que el Acuerdo impugnado pone en práctica. Y sin duda existían igualmente razones de orden económico, vinculadas a la reducción del déficit, que justificaban retrasar la entrada en operación de determinadas instalaciones de producción de electricidad cuya incidencia en la producción de aquél (incluso si fuera debida a una deficiente planificación anterior) no era posible desconocer. El extremo del motivo de impugnación fundamentado en la concurrencia de diversas irregularidades que se habrían producido en el proceso de inscripción en el Registro de preasignación, al dispensarse a determinadas instalaciones del cumplimiento de los requisitos exigidos reglamentariamente para su inscripción -disponer de conexión firme a la red eléctrica

con anterioridad al 7 de mayo de 2009; disponer de acceso a la red eléctrica con anterioridad al 7 de mayo de 2009; haber depositado un aval en la Caja General de Depósitos, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.3 i) del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril; disponer de la autorización administrativa de la instalación y disponer de la licencia de obras-, que evidenciaría el proceder arbitrario de la Administración, debe ser rechazado, pues consideramos que no constituye un motivo válido para impugnar el contenido del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, tal como pone de relieve el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, en la medida en que concierne a actos de ejecución o de aplicación relacionados con el funcionamiento del Registro de preasignación, cuya impugnación es enjuiciada por otros órganos judiciales” (STS de 19 de octubre de 2012 –RCA 46/2010-).

IX.2.2. Corte de suministro eléctrico

“(…) del examen de lo actuado en el expediente administrativo resulta que la avería se produjo a las 6.00 h de la mañana del día 1 de septiembre de 2002, al partirse un hilo de tierra en la línea Rodrigo-Dos Hermanas, que afectó a diversos municipios de la zona sur de Sevilla. La causa del incidente, según admite la propia Administración, se encuentra en "la niebla insistente imprevista" en esa época del año, lo que unido a la contaminación del polvo del verano y los productos químicos de tratamiento agrícola afectaron, disminuyéndolo, el aislamiento eléctrico de las instalaciones de la zona. Los servicios de emergencia de la empresa Endesa realizaron los trabajos tendentes a reponer el servicio, que quedó totalmente restituido a las 10 horas de la mañana del aludido día. Este caso se diferencia de otros supuestos analizados por esta Sala, en los que se consideró adecuada y proporcionada la sanción muy grave impuesta en atención al número o importancia de las interrupciones de suministro eléctrico durante periodos muy amplios, meses de julio, agosto y septiembre de 2004 (Recurso de Casación 2471/2009); julio, agosto, septiembre y octubre de 2003 (Recurso de Casación 3470/2007); o cinco cortes de suministro en la ciudad de Sevilla que afectaron a distintas zonas de la ciudad durante los días 26, 28 y 29 de julio de 2004 (Recurso de Casación 3790/2007), o en fin, la interrupción del suministro eléctrico por averías (546 documentadas) que durante los días 14 a 17 de diciembre de 2001 afectó a 110 municipios y 360.000 clientes. La ponderación de las específicas circunstancias concurrentes en este caso, en el que se contempla una sola avería producida, como admite la Administración, por un elemento atmosférico no habitual e imprevisto en la época del año en el que ocurrió, que conllevó la afectación a una zona determinada durante horas de madrugada (a las 6:00 horas) de un día festivo, sin concreción de unos perjuicios económicos relevantes (salvo los generados a Siderurgica Sevillana SA), permite concluir que la reducción de la sanción a grave en su grado mínimo decidida por la Sala de instancia -a pesar, insistimos, del erróneo razonamiento- resulta adecuada y proporcionada a la entidad de la infracción. Debe rechazarse, pues, la tesis mantenida en el motivo casacional de la Junta de Andalucía, toda vez que las circunstancias expuestas permite excluir la denunciada quiebra del principio de proporcionalidad en la graduación de la sanción realizada por la Sala sentenciadora” (STS de 16 de enero de 2012 –RC 6816/2009-).

IX.2.3. Intercambios comunitarios de energía eléctrica

“Tanto la Orden Ministerial recurrida (Orden ITC/4112/2005, de 30 de diciembre, por la que se establece el régimen aplicable para la realización de intercambios intracomunitarios e internacionales de energía eléctrica) como el Real Decreto-ley 5/2005 (del que aquella no es sino trasunto en el extremo que ahora interesa) no contienen prohibiciones absolutas de importar ni medidas de efecto equivalente a aquella prohibición, sino limitaciones a que la energía importada -sin ninguna restricción cuantitativa- lo sea precisamente por empresas que tienen una cierta "posición dominante" en el mercado eléctrico español. El objeto del debate no era, pues, la existencia de unas inexistentes restricciones a la entrada de electricidad procedente de Francia (o, en general, del mercado europeo e internacional) sino la justificación de las limitaciones impuestas a unas determinadas empresas y no a otras. La Sala de instancia debía resolver -y lo hace en sentido afirmativo- si el objetivo de propiciar la entrada de nuevos operadores en el sector eléctrico español, incrementando la competencia tras su liberalización, legitimaba que se prohibieran ciertas actuaciones importadoras de las empresas eléctricas ya implantadas con una determinada cuota del mercado español (las denominadas "incumbentes"). Y sobre esta cuestión, repetimos, el primer apartado del motivo de casación no ofrece argumentos suficientes. En el marco de este recurso -exclusivamente dirigido contra la prohibición de importar que se impuso en los términos ya dichos- no cabe acoger las críticas de la sociedad recurrente al "[...] nuevo concepto introducido por el Estado de 'operador dominante', intentando establecer un paralelismo claramente infundado entre esta nueva figura y el ya existente concepto jurídico de competencia, el operador con posición dominante". "Endesa, S.A." considera "el nuevo concepto totalmente arbitrario e injustificado ya que establece una restricción discriminatoria y afecta únicamente a los operadores con una cuota superior al 10%". Sobre la noción de operador dominante surgida del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (cuyo artículo 19 introdujo una Disposición adicional tercera en el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios) nos pronunciamos ya en la sentencia de 25 de mayo de 2010, al resolver el recurso directo número 37/2008 que la misma sociedad hoy demandante ("Endesa, S.A.") interpuso frente al Real Decreto 342/2008. La tesis de "Endesa, S.A." en aquel recurso no coincide con la que mantiene en éste. No apreciamos en aquella sentencia que la incorporación del "nuevo" concepto fuese contraria a Derecho y dimos por sentada la validez de "esta figura [que] aparece como tal en la legislación del sector, precisamente para imponerles determinadas obligaciones regulatorias [y] no alude a quienes tuviesen una posición de dominio según los cánones usuales del derecho de defensa de la competencia, o a quienes fuesen más o menos 'pivotal', sino a quienes ostentasen, en concreto, una cuota de mercado superior al 10 por 100 del sector. Basta esta condición -y no es precisa ninguna otra adicional, expresiva de la 'pivotalidad'- para que se ostente la cualidad de operador dominante en el sector". Pues bien, la validez de la restricción impuesta a dichos operadores -esto es, de la prohibición de importar energía eléctrica en los términos ya dichos- dependerá de que el objetivo confesado de aquella se considere, a su vez, legítimo y proporcionada la medida misma. Y la respuesta a esta cuestión no podía hacerse sobre la mera base de los artículos 23 y 28 del (antiguo) Tratado CE cuando, según acto seguido analizaremos, existen, por un lado, normas comunitarias del mismo rango protectoras de la libre competencia (a ellas se refiere el tribunal de instancia) y, por otro, disposiciones de derecho derivado específicamente dirigidas a la regulación del mercado interior de la energía y, dentro de él, relativas a la preservación de la libre competencia ante situaciones de dominio del mercado. Como ha quedado transcrito, el tribunal de

instancia basa su pronunciamiento en los "artículos 81 y 82 del Tratado y en el Reglamento (CE) nº 1/03, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a las normas de competencia", preceptos que la sociedad recurrente no considera infringidos en su motivo único casacional. Se limita a decir, al final de su exposición, que aquellos artículos del Tratado no son aplicables porque la noción de "operador dominante" no equivale a la de "operador con posición dominante" en el ámbito del derecho de la competencia. Tal alegato, sin embargo, no puede defenderse frente a la sentencia impugnada cuando lo cierto es que la regulación contenida en la Orden que es objeto de recurso trata precisamente de preservar las condiciones de competencia en el sector eléctrico español frente a los operadores con mayor cuota de mercado" (STS de 20 de marzo de 2012 –RC 1111/2009).

IX.2.4. Producción de energía eléctrica en régimen especial. 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

IX.2.4.1. Supresión de las tarifas reguladas correspondientes a instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial a partir de un determinado momento. Inexistencia de retroactividad

“La calificación de "retroactiva" aplicada a la medida objeto de litigio se hace para, a continuación, tratar de deslegitimar su validez apelando o bien al artículo 9.3 de la Constitución (que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales) o bien al artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (que reitera esta misma proscripción para las "disposiciones administrativas [...] que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales"). En otros casos se invoca el artículo 2.3 del Código Civil, a tenor del cual las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario. El concepto de "retroactividad prohibida" es mucho más limitado que el de la mera "retroactividad" a secas, por más que este último se utilice con frecuencia en el debate no jurídico (incluso a veces por quienes asumen responsabilidades públicas) con finalidad descalificadora frente a las innovaciones del ordenamiento. Si a ello sumamos que la misma equivocidad del término ha planteado desde tiempo inmemorial problemas de dogmática jurídica bien conocidos, fácilmente se deducirá que el debate puede convertirse en una serie de disquisiciones más o menos interesadas sobre una noción jurídica respecto de la cual cada interlocutor parece hablar de realidades diferentes. Los intentos doctrinales de analizar con rigor los contornos de aquel concepto (entre nosotros el estudio del "principio de irretroactividad en las normas jurídico administrativas" se hizo ya, en términos no superados, hace treinta años) no se tienen debidamente en cuenta, lo que propicia que las apelaciones a la retroactividad carezcan en muchos casos de la necesaria precisión. En éste, como en otros supuestos, el "lenguaje" que se emplea no resulta indiferente. Es cierto, por lo demás, que para quien no esté familiarizado con el uso de las categorías jurídicas, las distinciones entre retroactividad de grado máximo, medio o mínimo, o los adjetivos de "propia" e "impropia" aplicados a aquel término, suelen pasarse por alto y todo se engloba en una indiferenciada noción, de connotaciones negativas, aplicada a medidas normativas de alcance bien diferente. Para mayor confusión, se parte de la errónea premisa de

identificar de modo automático retroactividad con ilicitud o prohibición y no se deslinda suficientemente aquel concepto de principios con un significado autónomo, como son el de seguridad jurídica o el de confianza legítima. Las normas incursas en la prohibición de retroactividad normalmente atentarán también contra estos principios, pero no viceversa. Sin necesidad de hacer en este momento un resumen o compendio de la doctrina jurisprudencial recaída en interpretación de los preceptos antes citados, ni ceder a la tentación de transcribir innumerables fragmentos de sentencias al uso, baste decir que, conforme a aquélla, no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso. A partir de esta premisa, una medida normativa como la impugnada en el presente litigio, cuya eficacia se proyecta no "hacia atrás" en el tiempo sino "hacia adelante", a partir de su aprobación, no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida. La proyección hacia el futuro es particularmente destacable en este caso con sólo advertir que los efectos "reales" de la medida se producirán dentro de treinta años, momento hasta el cual se mantiene para los titulares de las instalaciones fotovoltaicas la tarifa regulada según sus términos originarios. Calificar de retroactivo en el tiempo algo que, aprobado hoy, no tendrá plena eficacia hasta dentro de treinta años es un ejemplo de uso inadecuado de aquel adjetivo. La retroactividad se produciría si la nueva norma obligase a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, pero no cuando se limita a disponer que el cobro de éstas cesará dentro de treinta años. En rigor, ni siquiera podría calificarse de medida retroactiva y mucho menos si utilizamos este concepto jurídico en su acepción "propia" (STS de 12 de abril de 2012 –RCA 40/2011-).

IX.2.4.2. Inexistencia de afectación a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima

“El valor de la "seguridad jurídica" no es oponible sin más a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta, por más que desde otras perspectivas (también desde la muy frecuentemente invocada, del favorecimiento de las inversiones) sea deseable una cierta estabilidad de los marcos reguladores de las actividades económicas. La seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho. La concepción de la seguridad jurídica (o del artículo 9.3 de la Constitución) como freno a las modificaciones normativas es particularmente inapropiada en un sector como el de las energías renovables que, precisamente por su novedad, requiere de ajustes sucesivos, en paralelo no sólo a las evoluciones de las circunstancias económicas generales, sino en atención a las propias características de la actividad. La evolución de la "curva de aprendizaje" y la progresiva "madurez" del sector fotovoltaico, como presupuestos que revelan una cierta indefinición inicial, han de tener una respuesta "paralela" en el tiempo de los poderes públicos, cuyas medidas iniciales podrán ser revisadas y modificadas al mismo ritmo de la evolución de aquél. La seguridad jurídica protege relaciones de este orden bajo el principio *rebus sic stantibus* pero, insistimos, no puede contraponerse como argumento invalidatorio frente a cambios relevantes en la base de las situaciones subyacentes, como en este caso ha ocurrido a la vista de la evolución de los acontecimientos desde el

inicial Real Decreto 661/2007 hasta el Real Decreto 1565/2010 (y sus modificaciones inmediatas) que es objeto del presente litigio. Incluso los perfeccionamiento técnicos (y económicos) pueden influir en la revisión de las decisiones iniciales. Por referirnos tan sólo a uno de los factores relevantes, una tarifa regulada que se calcula en el año 2007 sobre la base de que buena parte de las instalaciones fotovoltaicas tienen una determinada ratio de producción (derivada de una configuración técnica sin seguimiento solar) y, en consecuencia, un vertido al sistema de cierto número de kilowatios, podrá ser atemperada ulteriormente por el titular de la potestad reglamentaria (o tarifaria) si la muy rápida evolución de la tecnología fotovoltaica propicia, en los años siguientes, la implantación -o el cambio de los ya instalados- de sistemas con seguimiento solar a uno o a dos ejes, cuya consecuencia práctica inmediata es que aumenta en porcentajes muy significativos el número de horas de aprovechamiento de radiación solar y, por lo tanto, la producción vertida a la red cuyo exceso de coste es asumido por el conjunto de consumidores de electricidad. Es lógico que ante esta -o cualquier otra- modificación tecnológica o ante cambios significativos del panorama económico con consecuencias inmediatas para el equilibrio del sistema, se revisen los parámetros iniciales determinantes, en magnitudes o en tiempo de disfrute, del cálculo de la tarifa regulada, y no puede oponerse a ello meramente el valor de la "seguridad jurídica". El Gobierno que fija inicialmente los estímulos o incentivos con cargo a toda la sociedad (pues son en definitiva los consumidores quienes los satisfacen) puede posteriormente, ante las nuevas circunstancias, establecer ajustes o correcciones de modo que la asunción pública de los costes se atempere hasta niveles que, respetando unos mínimos de rentabilidad para las inversiones ya hechas, moderen las retribuciones "finales". La limitación de la tarifa regulada o, en general, del régimen retributivo inicial con que había sido favorecido el conjunto del sector de energías renovables era previsible a la vista del curso de las ulteriores circunstancias, especialmente las económicas y técnicas, sobrevenidas después del año 2007, lo que basta para desvirtuar la apelación al principio de confianza legítima. No sólo era previsible sino que, como después afirmarí­a la exposición de motivos del Real Decreto-ley 14/2010, la necesidad de la introducción de ciertos cambios en el marco regulatorio, con consecuencias directas en el régimen retributivo, había sido asumida por el conjunto de los productores de energía eólica, termosolar y de cogeneración, esto es, por la mayor parte del sector de energías renovables, en cuanto contribución (y sacrificio de sus expectativas) razonable para "mitigar los sobrecostes del sistema". Si los operadores que actúan en régimen de libre mercado (organizado o por contratos bilaterales) habían visto reducidas sus retribuciones globales a causa de la caída de la demanda y la reducción de sus horas de funcionamiento, en especial los de ciertas centrales de generación, no había razones para que, de modo "simétrico", los productores de régimen especial, favorecidos respecto de aquéllos en cuanto tenían asegurada la venta de la energía producida, a precio regulado, mediante su entrada preferente en el sistema, resultasen inmunes al cambio de circunstancias. En el año 2010 esta fue, por lo demás, la tendencia generalizada en los países de la Unión Europea que contaban con sistemas públicos de apoyo a la tecnología fotovoltaica, obligados por las circunstancias a ajustar los incentivos para mitigar su incidencia en las respectivas economías. (...) La previsibilidad, en concreto, de la limitación a 30 años del período de disfrute de la tarifa regulada para las instalaciones fotovoltaicas anteriores a septiembre de 2008 (que, por lo demás, ya hemos considerado implícita en la regulación originaria contenida en el Real Decreto 661/2007) era tanto más acentuada cuanto que ya se había fijado un período máximo de 25 años para las instalaciones fotovoltaicas posteriores a aquella fecha, por virtud del Real Decreto 1578/2008, antes citado. En él (artículo 11) se

disponía que las instalaciones del grupo b.1.1 del artículo 2 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo (esto es, las instalaciones de tecnología fotovoltaica) que obtuvieran su inscripción definitiva en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial con posterioridad al 29 de septiembre de 2008 gozarían de la tarifa regulada durante 25 años. Como con todo acierto destacaba el Consejo de Estado al emitir su informe preceptivo al proyecto del Real Decreto 1565/2010, esta dualidad de regímenes sobre unas instalaciones que a la postre son de la misma naturaleza y vierten la misma energía, con idéntico origen, a la red eléctrica no deja de presentar inconvenientes. El Consejo de Estado, en efecto, llamaba la atención "[...] sobre otro aspecto en relación con la determinación de qué instalaciones deben soportar las consecuencias de la disminución de la retribución cuya necesidad se pone de manifiesto conforme se incrementan el número de instalaciones y se mejora la tecnología. Pues, a menudo, un entendimiento excesivamente rígido del principio de seguridad jurídica o una comprensión muy expansiva del principio de irretroactividad pudiera llevar a pensar que las consecuencias de tales ajustes deben recaer exclusivamente en las nuevas instalaciones frente a las ya establecidas y autorizadas, creando así situaciones con diferencias entre las instalaciones (en concreto, en las primas y tarifas a las que tienen derecho) que no siempre son fácilmente justificables". Pues bien, la desaparición de la tarifa regulada a partir del año 30 (lo que sigue implicando la subsistencia de un régimen temporal aún favorable para los recurrentes frente a los 25 años del resto de instalaciones fotovoltaicas ya dichas) podía calificarse de modificación normativa al menos previsible. La confianza legítima no padece por ello tanto menos cuanto que ni siquiera queda demostrado que la reducción de aquel período temporal implique que, en el momento de su plena efectividad (esto es, dentro de 30 años), los titulares de las instalaciones fotovoltaicas vayan a sufrir perjuicios reales. Bien pudiera darse el caso de que el precio de mercado de la energía eléctrica dentro de 30 años sea superior a la tarifa regulada -actualizada- que fijó en el año 2007 el Real Decreto 661/2007 y que el Real Decreto 1565/2010 continúa manteniendo, en cuya hipótesis (y no se puede sino hacer conjeturas sobre qué sucederá en el sector energético dentro de 30 años) aquellos productores, facultados como están para vender su energía en el mercado o por medio de contratos bilaterales, ningún daño económico sufrirían. No se descarta, en efecto, que antes de aquella fecha la rentabilidad de la inversión en instalaciones fotovoltaicas pueda ser satisfecha de modo adecuado por el precio de mercado, en paridad con otros sistemas de generación de energía eléctrica (STS de 12 de abril de 2012 –RCA 40/2011-).

IX.2.4.3. Inexistencia de vulneración del principio de igualdad ante la Ley y no discriminación

“En el décimo apartado de la demanda sostienen los recurrentes que la medida impugnada vulnera "los principios de igualdad ante la Ley y de no discriminación" . A su juicio, supone una "discriminación negativa de la tecnología fotovoltaica [...] en relación con el resto de tecnologías de régimen especial", a las que no se ha fijado una limitación de la duración del plazo. La desestimación de este argumento del recurso es obligada pues cada una de las tecnologías de régimen especial presenta sus propios rasgos, tecnológicos y económicos, que justifican tratamientos diferenciados y no necesariamente homogéneos. No hay obligación de parificar ni las tarifas u otros elementos retributivos regulados ni los períodos de percepción de todos ellos pues, repetimos, los diferentes grupos, subgrupos y categorías previstos en el artículo 2 del

Real Decreto 661/2007 siempre han tenido, conforme a él, sus propias particularidades en materia retributiva. Del mismo modo que es diferente el importe de la tarifa regulada del que se benefician, según las tablas del artículo 36 del Real Decreto 661/2007, los titulares de las instalaciones fotovoltaicas del grupo b.1 (importe que, como bien subraya el Abogado del Estado, es muy superior al del resto de las tecnologías de régimen especial) sin que esta desigualdad, que les favorece, sea calificada por los recurrentes de "discriminatoria", de ese mismo modo, decimos, puede el titular de la potestad reglamentaria adoptar medidas sobre la duración del período de percepción disponiendo que sea distinto para unas y otras categorías o grupos y subgrupos de instalaciones de régimen especial. Algo análogo podría decirse a la vista de la proporción en que cada una de las tecnologías de régimen especial participa en el conjunto de retribuciones a ellas asignadas: sería discriminatorio, de adoptar el punto de vista de los recurrentes, el hecho de que el porcentaje de las retribuciones correspondientes a la tecnología fotovoltaica excediera significativamente, como así ocurre, del porcentaje en que esta tecnología contribuye, respecto de otras, a la producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables" (STS de 12 de abril de 2012 –RCA 40/2011-).

IX.2.5. Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica

“La pretensión de que se declare la nulidad del artículo 2 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, fundada en la infracción del artículo 9.3 de la Constitución, que recoge el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que constituye un límite a la potestad reglamentaria, que se sustenta en la falta de motivación del mecanismo adoptado por el Gobierno para designar las comercializadoras de último recurso, debe acogerse, porque consideramos que, si bien puede inferirse del preámbulo de la disposición reglamentaria analizada cuáles son las razones que justificarían la designación de comercializadoras de último recurso a aquellas empresas del sector eléctrico de ámbito nacional que cuentan «con medios suficientes para poder asumir el riesgo de desarrollar la actividad de suministro libre y de suministro a consumidores de baja tensión a un precio máximo y mínimo, y con separación de cuentas», sin embargo, no se establecen criterios objetivos que permitan determinar por qué se excluye a aquellas empresas distribuidoras acogidas a la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y, en su caso, cuáles son los presupuestos que deben servir para revisar la lista de empresas comercializadoras que asuman la obligación de suministro de último recurso de energía eléctrica. En efecto, coincidiendo con los argumentos de legalidad expuestos por la Comisión Nacional de Energía en su Informe 34/2008, sobre la propuesta de Real Decreto por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, estimamos que la disposición enjuiciada en este proceso constituye una norma reglamentaria extralegem, al no justificarse objetivamente las variables que se han tenido en cuenta para determinar singularmente «que comercializadores cuentan con los medios técnicos suficientes para garantizar el suministro y la atención de clientes de baja tensión», ni por qué los distribuidores acogidos a la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997, carecen de medios técnicos suficientes para desarrollar esa actividad, a pesar de su reconocimiento, en la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes en el mercado para la electricidad, como empresas con menos de 100.000 clientes, autorizadas a continuar manteniendo la labor de comercialización. En este

sentido, cabe significar que el Consejo de Estado, en su Dictamen 2/2009, de 22 de enero, en relación con el expediente relativo al proyecto de Real Decreto por el que se regula la puesta en marca del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, formuló, respecto a la designación de comercializadores de último recurso, contemplada en el artículo 2, las siguientes observaciones de carácter procedimental y sustantivo, cuyo contenido transcribimos: «Artículo 2 Este artículo lleva a cabo la designación de los comercializadores de último recurso. Los comercializadores de último recurso (CUR) tienen la obligación principal de atender las solicitudes de suministro de energía eléctrica de aquellos consumidores que tengan derecho a acogerse a la tarifa de último recurso. En relación con dicha designación, se han formulado a lo largo del procedimiento de elaboración de la norma diversas críticas, tanto al procedimiento seguido para dicha designación como al propio contenido de ésta. Como se ha señalado, no se reflejan en el expediente las variables que se han tenido en cuenta para la designación, ni se ha justificado la designación concreta de tales empresas y la exclusión de otros posibles sujetos, como serían los distribuidores acogidos a la disposición transitoria undécima de la Ley del Sector Eléctrico (ya sea previa creación de una empresa comercializadora o llevando a cabo la separación contable de la actividad de distribución y comercialización, como propone la CNE). Por otra parte, desde el punto de vista del procedimiento seguido para tal designación, se plantean también algunas dudas, aparte de las ya señaladas. En efecto, el artículo 9 de la Ley del Sector Eléctrico determina que la designación de los CUR por parte del Gobierno se hará "previa consulta a las Comunidades Autónomas". En el presente caso, tal designación se producirá tras la aprobación, en su caso, de la norma consultada y consta, ciertamente, que se ha oído a las Comunidades Autónomas, las cuales han sido en general críticas con tal designación, tal y como refleja el informe de la CNE. Sin embargo, las observaciones formuladas por las Comunidades Autónomas no han sido objeto de valoración y ponderación en el correspondiente informe. En el mismo orden de cosas, cabe reiterar aquí las consideraciones formuladas por la Comisión Nacional de Energía en su informe, reseñadas en la conclusión sexta que ha quedado transcrita en el antecedente segundo, h) del presente dictamen, en el sentido de que la designación de los CUR debería haber ido precedida del establecimiento de su retribución y de los derechos y obligaciones asociados a dicha designación, y haber permitido que los agentes pudieran solicitar la designación como CUR, sin perjuicio de la decisión final que adoptase el Gobierno en orden a la designación de las empresas que vendrán obligadas a prestar el servicio de suministro de último recurso (esto es, a ser designadas como CUR). En este sentido, no parece necesario que tal designación se lleve a cabo por medio de una norma -como el real decreto proyectado-, pudiendo tratarse de una decisión o resolución con naturaleza de acto administrativo. En suma, estima el Consejo de Estado que la designación de los CUR, tal y como se hace por el proyecto, plantea dudas en cuanto a los criterios empleados y a su aplicación, y en cuanto al procedimiento seguido para la designación de los CUR, que no se ven aclaradas dadas las insuficiencias ya señaladas en cuanto a la tramitación del proyecto, y que habrán de ser debidamente valoradas en la aprobación de la norma.». A estos efectos, debe referirse que la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, parte de la necesidad de implantar un enfoque progresivo para la realización del mercado interior de la electricidad, que, en orden a asegurar que el derecho de los consumidores a elegir libremente a su suministrador sea real y efectivo, promueve crear un marco jurídico flexible que garantice facilitar a las empresas eléctricas que puedan adaptarse para asumir las obligaciones de servicio

público necesarias para lograr un mercado de electricidad competitivo y sostenible. Por ello, sostenemos que la habilitación al Gobierno para que designe las empresas comercializadoras de último recurso, que se desprende de los artículos 9 f) y 44 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en la redacción introducida por la Ley 17/2007, de 4 de julio, exige configurar una base normativa suficiente que regule los presupuestos o criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, que permita determinar a qué empresas puede imponerse la obligación adicional de suministro de último recurso por cumplir las condiciones técnicas, financieras y contables que sean coherentes con el mandato regulatorio del legislador. Atendiendo a la pretensión deducida en el suplico del escrito de demanda, y, conforme a lo dispuesto en el artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que delimita las facultades de los tribunales contencioso-administrativos, en relación con la anulación de disposiciones generales, esta Sala considera necesario precisar que la estimación del recurso contencioso-administrativo se circunscribe a la obligación del Gobierno de determinar los criterios o variables que condicionan, desde la perspectiva territorial, técnica, financiera y contable, la designación de comercializadores de último recurso y, por tanto, no se extiende a la exclusión de las empresas comercializadoras de energía eléctrica designadas en el artículo 2 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, que pudiera producir un vacío normativo contrario a la protección de los intereses de los consumidores, que tienen reconocido el derecho a la elección de su suministrador que les garantice un suministro de calidad y a unos precios comprensibles, transparentes y razonables” (STS de 5 de abril de 2011 –RCA 76/2009-).

“Si las empresas eléctricas venían obligadas a "adelantar" determinadas cantidades para financiar los desajustes en las liquidaciones de las actividades reguladas del sistema eléctrico, desajustes de los que la norma no les consideraba responsables, sus derechos a la recuperación de aquellas cantidades incluyen tanto el principal como los intereses precisos para mantener el equilibrio patrimonial sin detrimento alguno. De hecho, este principio queda asumido en la fórmula reglamentaria que incorpora ambas magnitudes (el principal y los intereses) si bien fijando para estos últimos un coeficiente que no resulta bastante a los efectos de restablecer el equilibrio. Sólo una norma con rango de ley podría imponer a aquellas empresas el sacrificio patrimonial o perjuicio económico inherente a la no recuperación de las cantidades adelantadas más los intereses compensatorios que aseguren la restitución íntegra. Ha quedado probado que en la situación de mercado existente en aquellos momentos, las empresas eléctricas debían acudir al mercado de capitales en busca de financiación y que el coste de la deuda soportado por ellas, que incluía la parte necesaria para hacer frente a la obligación de financiar el déficit, era superior al tipo de interés establecido en la disposición adicional objeto de recurso. Que este último no era suficiente y requería la suma de un diferencial o margen añadido lo ponen de manifiesto, además de la prueba pericial, las circunstancias que han sido destacadas en el fundamento jurídico quinto. Y es que, en efecto, si el importe de los intereses de esa misma deuda en el mercado abierto de capitales resulta ser superior al fijado en la disposición adicional octava del Real Decreto 485/2009, ello significa tanto como reconocer que el euribor a tres meses no retribuía de modo suficiente el coste financiero de la deuda cuya recuperación a través de la tarifa eléctrica se establecía en quince años. A estas consideraciones podrían sumarse otras que toman en cuenta las consecuencias del proceso de cesión o titulación de los derechos de cobro, tal como ha sido desarrollado por el Real Decreto

437/2010, de 9 de abril, al que se refiere la demandante en su escrito de conclusiones. El contenido de los derechos de cobro antes de la cesión al Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico es, siguiendo lo dispuesto en el Real Decreto 485/2009 objeto de este recurso, el del principal pendiente de cobro más el interés al tipo euribor a tres meses. Pero, una vez cedidos al Fondo, los importes pendientes de cobro de estos mismos derechos cedidos devengan intereses anuales que se calculan o bien mediante la "tasa interna de rendimiento resultante de la emisión asociada a la cesión más un diferencial de treinta puntos básicos" (en el año de la cesión) o bien mediante "la tasa interna de rendimiento media ponderada de las emisiones vivas más un diferencial de treinta puntos básicos" (en el resto de años). Tratándose de una misma deuda en términos objetivos y habida cuenta de que la incorporación al Fondo le dota de mayores garantías para terceros cesionarios, pues tiene ya el aval expreso del Estado, se le reconoce sin embargo un coste financiero superior. Todo lo cual viene a corroborar en definitiva la conclusión antes alcanzada, esto es, que la fijación del interés referenciada tan sólo al euribor sin diferencial, tal como estableció la disposición adicional impugnada en este recurso, resultaba insuficiente en la medida en que provocaba un perjuicio patrimonial para el acreedor, perjuicio que se ha mantenido ulteriormente y que sólo desaparece cuando los derechos de cobro son cedidos por éste al Fondo de Titulización. Por lo demás, aun cuando ello no pueda ser tomado en consideración como argumento decisorio ya que ni se ha incorporado al debate ni las circunstancias actuales de los mercados son, obviamente, las mismas que en el año 2009, no cabe olvidar que el interés asignado en el mercado a estos derechos de cobro, una vez que fueron cedidos al Fondo de Titulización y han sido objeto de las correspondientes emisiones de instrumentos financieros por parte de éste, se ha establecido a partir del interés de los bonos del Estado español más una prima de determinados puntos básicos sobre aquél (...). Sentado lo anterior, debemos aún hacer ciertas precisiones. La primera es necesaria para rechazar el argumento opuesto en segundo lugar por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda. Las exigencias de seguridad jurídica se respetan, en efecto, cuando el interés del principal de la deuda se fija de modo estable. Pero esta exigencia se cumple tanto si se establece un determinado tipo (el euribor a tres meses) como otro (el euribor a tres más un diferencial, asimismo precisado). De hecho, ya hemos consignado cómo el establecimiento de los tipos de interés que suman ambos componentes ha sido habitualmente empleado en relación con estos mismos derechos de cobro. La segunda precisión concierne a las consecuencias de la estimación de la demanda, derivada de cuanto ha quedado expuesto. Hemos afirmado que el derecho de las empresas eléctricas acreedoras a recuperar las cantidades por ellas "adelantadas" ha de incluir tanto el principal (no discutido en este litigio) como los intereses precisos para mantener el equilibrio patrimonial sin detrimento, lo que no respeta plenamente el Real Decreto 485/2009. La fijación para estos últimos de un determinado coeficiente adicional que se añada al tipo (euribor a tres meses) plasmado en la Disposición adicional objeto de litigio corresponde al titular de la potestad reglamentaria, sin que esta Sala pueda sustituirle en sus específicas atribuciones de precisarlo, lo que veda el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional. Nuestro pronunciamiento ha de detenerse en la anulación del inciso que limita el importe de los intereses a los ya referidos, en el buen entendimiento de que dicho importe ha de aumentarse para respetar la integridad patrimonial, durante el período de aplazamiento, de los derechos de cobro reconocidos. Al establecer dicho coeficiente diferencial, añadido al tipo del euribor a tres meses, el titular de la potestad reglamentaria no está obligado a suplir éste hasta el importe exacto de la media de tasa de interés aplicada a la financiación en su conjunto de las empresas eléctricas, tasa en cuya génesis pueden haber incidido determinados factores

(condiciones singulares del prestatario, entre otros) ajenos a los que corresponderían, en sí mismos considerados, a los derechos de cobro del déficit tarifario. Podrá tomar en cuenta, por el contrario, las características singulares de estos derechos de cobro, cuya recuperación, también antes de que se instaurase el proceso de titulización, estaba en realidad asegurada. Incluso no sería descartable que, en función de consideraciones excepcionales o circunstancias extraordinarias, no puestas de manifiesto hasta ahora, el incremento o diferencial respecto del euríbor no sea a la postre significativo. En todo caso, concluimos, el criterio rector para fijar el diferencial ha de ser que las empresas titulares de los derechos de cobro no sufran ningún perjuicio económico por el aplazamiento de un pago que les era debido, de modo que la recuperación de las cantidades por ellas adelantadas incluya los intereses compensatorios que aseguren su plena restitución” (STS de 16 de marzo de 2011 –RCA 74/2009-).

IX.2.6. Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial

IX.2.6.1. Sobre la alegación de prever un procedimiento irregular de revisión de oficio

“También lo será, por análogas razones, el segundo motivo de la demanda. En él se afirma que el Real Decreto 1003/2010 es contrario al sistema de revisión de los actos en vía administrativa. El procedimiento por él regulado habría de reputarse nulo, según la parte recurrente, pues infringe "los preceptos establecidos en el artículo 102 y siguientes de la Ley 30/1992, RJPAC; es decir, unos preceptos con rango de Ley". Ello sería así dado que aquel procedimiento tendría por objeto "en la práctica, ya sea de hecho o de derecho", revocar previos actos administrativos firmes, al margen de las vías de revisión prescritas en aquella Ley, prescindiendo de los procedimientos establecidos por la Ley. La censura no puede ser acogida en ninguna de sus dos dimensiones: A) En cuanto a la hipotética revisión de actos autonómicos, expresamente afirma el preámbulo del Real Decreto 1003/2010 (anticipándose a críticas ulteriores como las que se vierten en la presente demanda) que con él no se pretende "privar de eficacia a las autorizaciones administrativas autonómicas ya que éstas continúan habilitando a su titular para poder producir y para cobrar el precio de mercado que por tal producción corresponda". No hay, pues, revisión alguna de actos administrativos emanados de las Comunidades Autónomas, cuya eficacia -la meramente autorizatoria- subsiste en sus propios términos. Anteriormente hemos destacado cómo las instalaciones fotovoltaicas objeto del proceso de verificación, a efectos retributivos, pueden seguir, pese al resultado adverso de aquél, funcionando en el mercado eléctrico de producción, tal como prevé de modo expreso el artículo 5 in fine del Real Decreto 1003/2010. Si a consecuencia de las actuaciones inspectoras se pusieran de manifiesto datos que pudieran afectar a la validez misma de las autorizaciones autonómicas ya otorgadas es algo que las correspondientes Administraciones de las Comunidades Autónomas habrán de resolver conforme a sus normas propias, pero en esta cuestión no interfiere el Real Decreto 1003/2010 (aun cuando, lógicamente, aquéllas puedan extraer sus propias conclusiones de los hechos constados a raíz de la aplicación de éste). B) Las alegaciones de la demanda relativas a la "revisión de oficio de la inscripción en el RAIPRE" reiteran en gran parte las observaciones formuladas sobre la propuesta inicial, esto es, las vertidas en la fase de

elaboración del Real Decreto, sin advertir debidamente los cambios introducidos, bajo los auspicios del Consejo de Estado, en la redacción final. Del texto final ha desaparecido la cancelación de la inscripción en el Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial (RAIPRE) como resultado del procedimiento y de la decisión que adoptare la Dirección General de Política Energética y Minas. La demandante no advierte en su justa medida esta modificación y sigue atribuyendo al texto final del Real Decreto 1003/2010 ciertas disposiciones normativas (se refiere, en concreto, al contenido del artículo 7.2 de la propuesta) que de él han sido eliminadas respecto del proyecto inicial. Es cierto que la propuesta primitiva contemplaba el efecto de cancelar la inscripción de la instalación en aquel registro, pero el Consejo de Estado hizo ver -y su sugerencia fue aceptada- que lo precedente era, sin más, la declaración de que la instalación no cumplía las condiciones para el cobro de la prima, para lo cual "no es condición necesaria la cancelación de la inscripción en el Registro de Régimen Especial". Y es que, en efecto, el hecho de que una determinada instalación fotovoltaica incumpla las condiciones exigibles para el cobro de la prima no implica, per se, que deje de ser instalación de régimen especial. Bajo esa condición puede seguir inscrita en los registros correspondientes y legítimamente operar en el mercado (como ya hemos advertido que reconoce el propio Real Decreto), claro es que sin los beneficios derivados de acogerse al régimen más favorable de primas. No determina, pues, el Real Decreto 1003/2010 ni la privación de eficacia, revisión o revocación de las resoluciones autonómicas que procedieron a autorizar las instalaciones fotovoltaicas (y a la subsiguiente inscripción en sus registros) ni de los actos estatales de inscripción en el Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial. Lo único que se verifica y sobre lo que se resuelve al aplicar el Real Decreto 1003/2010 es la liquidación económica que corresponde al marco retributivo primado del régimen especial, a cuyo efecto aquellas autorizaciones e inscripciones son requisitos necesarios pero no suficientes" (STS de 8 de junio de 2011 –RCA 439/2010-).

IX.2.6.2. Sobre la alegación relativa al orden competencial entre Estado y Comunidades Autónomas

"El primer motivo de impugnación del Real Decreto 1003/2010 es que resulta contrario "al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia energética". A juicio de la recurrente, "excede la competencia del Estado de dictar las normas en materia de producción, distribución y transporte de energía y establece unos sistemas de control de la actuación de las administraciones autonómicas por el Estado no comprendidos en la Constitución". La demanda apoya esta afirmación en dos consideraciones. La primera es que el título competencial atribuido al Estado sólo le permitiría "dictar la normativa básica pero nunca los actos de ejecución". El Real Decreto 1003/2010, por el contrario, atribuiría a la Administración del Estado actos que corresponden a la Administración autonómica. La segunda es que el artículo 153 de la Constitución "limita las posibilidades de control de las Comunidades Autónomas por el Estado a unos medios que serán totalmente sobrepasados y obviados aplicando el Real Decreto 1003/2010". En el desarrollo argumental de este inicial motivo aparece ya lo que constituye la clave de la controversia, a saber, la dualidad normativa que afecta a las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial. Dualidad que se plasma en un régimen específico a los efectos de la autorización de aquellas

instalaciones, por una parte, y en otro régimen, diferente, a los efectos de la retribución de sus actividades productivas, configurado este último en el seno de un sistema o marco económico único y no fragmentado. Para clarificar todo ello es preciso, a su vez, deslindar el plano de la regulación (legislativa o reglamentaria) del plano de la ejecución (adopción de actos administrativos). No hay inconveniente en admitir -en realidad no se discute- que el Estado ostenta la capacidad normativa básica para regular todo el sector eléctrico, incluidas las normas básicas relativas a las autorizaciones de las instalaciones de producción. Y tampoco es discutido que corresponde a las Comunidades Autónomas que la tuvieran asumida (artículo 28 de la Ley del Sector Eléctrico) la competencia ejecutiva para dictar los actos autorizatorios correspondientes a las instalaciones fotovoltaicas. En lo que concierne, sin embargo, al régimen económico del sistema eléctrico, las competencias normativas del Estado pueden configurar, como así ha sido, una regulación única y uniforme para todo el territorio nacional, a la que esta Sala del Tribunal Supremo se ha venido refiriendo de modo reiterado en sentencias anteriores (últimamente en la de 5 de abril de 2011, recurso 181/2010). El Estado es competente en cuanto a la gestión económica (en concreto, la retribución) del sistema eléctrico, en coherencia con la concepción "unitaria" de dicho sistema que asumió en su momento la Ley del Sector Eléctrico. La constitucionalidad de este régimen económico único y uniforme ha sido refrendada, entre otras, por la reciente sentencia 18/2011, de 3 de marzo, del Tribunal Constitucional (véase a estos efectos su fundamento jurídico decimonoveno). En la gestión del referido régimen económico las Comunidades Autónomas no asumen atribuciones ejecutivas, esto es, no intervienen en la gestión del mecanismo retributivo de liquidaciones por la venta de electricidad o, en general, en la aplicación de los incentivos económicos a la producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables. Pues bien, a partir de estas premisas, el análisis del Real Decreto 1003/2010 permite concluir que se inserta en el bloque de competencias normativas (estatales) sobre el régimen económico y no en las relativas a las autorizaciones administrativas (autonómicas) exigibles para la construcción y explotación de las instalaciones de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica. En efecto, el Real Decreto 1003/2010 regula determinadas cuestiones relativas a la liquidación de la prima a las instalaciones fotovoltaicas, esto es se constriñe a disciplinar la percepción de las retribuciones que corresponden a aquellas instalaciones (es decir, a sus titulares) en el seno del sistema económico unitario al que antes nos hemos referido. Se trata, en realidad, de un complemento ulterior, desde el punto de vista retributivo, a los Reales Decretos 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y 578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007. Lo que se pretende con el Real Decreto 1003/2010 es precisamente garantizar la debida aplicación de las condiciones exigibles para el cobro de las retribuciones acogidas a las normas precedentes. Como acertadamente subrayara el Consejo de Estado en su dictamen preceptivo sobre el proyecto de Real Decreto 1003/2010, éste en realidad ni cambia el régimen del derecho a las primas ni otorga a la Administración atribuciones que no tuviera, explícita o implícitamente, antes de su aprobación. La premisa de que una determinada instalación debe ajustarse en todo momento, el inicial y los subsiguientes, a los requisitos necesarios para tener derecho a la prima -premisas difícilmente discutibles por nadie- va seguida de la conclusión de que la misma Administración que gestiona el régimen retributivo (las primas) ha de contar con los medios y el procedimiento adecuados para comprobar la subsistencia de las condiciones determinantes de su cobro. Entre los

"sistemas de apoyo" (por emplear la terminología de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE) aplicables para promover el uso de la energía eléctrica generada a partir de aquellas fuentes renovables el Legislador español optó, entre otros, por mecanismos retributivos basados en los precios, mediante tarifas reguladas y primas. Aun cuando en sentido estricto no se trata de subvenciones con cargo a fondos propiamente estatales sino de transferencias de recursos desde los consumidores a los productores de electricidad, con la intermediación normativa y ejecutiva del Estado, es claro que la percepción de las primas tienen un componente "público" innegable que legitima la intervención del propio Estado tanto en su regulación como en su gestión. Por lo demás, es el Estado quien avala, con cargo a sus fondos, la seguridad última del cobro del déficit que se pueda generar -de hecho, que se ha generado- como consecuencia, entre otros factores, de la suma agregada de las primas y su consiguiente reflejo en las tarifas eléctricas. Es comprensible, pues, y ajustado a Derecho, que el mismo Estado que promueve, por medio de primas, la producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables (en lo que ahora nos importa, la solar con tecnología fotovoltaica) discipline esta actividad de fomento del régimen especial haciendo respetar las condiciones a las que se sujeta la percepción de la prima. Las funciones de inspección que ostenta la Comisión Nacional de Energía (función octava de las que le atribuye la reforma de la Ley 34/1998 introducida por la Ley 55/1999) y que el Real Decreto 1003/2010 corrobora, dichas funciones, decimos, recaen precisamente sobre las condiciones económicas de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas, precios y criterios de remuneración de las actividades energéticas. En nuestra reciente sentencia de 1 de marzo de 2011 (recurso 108/2009) nos hemos pronunciado a este respecto en relación con la parte de la Orden ITC/1857/2008, de 26 de junio, relativa a las instalaciones fotovoltaicas, que remite a su inspección. Las Comunidades Autónomas, ya lo hemos afirmado, no ostentan competencias en orden al régimen económico, esto es, al reconocimiento del derecho a la retribución en que consisten estas primas, ni a su gestión y liquidación. Sus atribuciones se limitan a las meras autorizaciones de funcionamiento de determinadas instalaciones de generación fotovoltaicas, lo que no prejuzga en un sentido o en otro cuál sea el régimen retributivo, más o menos favorable, al que se puedan acoger. No es coherente reivindicar la competencia de las Comunidades Autónomas -ajenas, insistimos, al régimen retributivo unitario- cuando de lo que ahora se trata es, únicamente, de verificar las condiciones exigibles para la retribución y no para la autorización. De hecho, el sistema de verificación implantado por el Real Decreto 1003/2010 no desencadena, en el peor de los casos para los afectados, la anulación de la autorización administrativa -competencia de las Comunidades Autónomas- de las instalaciones objeto de inspección, que pueden seguir funcionando en el mercado eléctrico de producción (artículo 5 in fine). El primer motivo de impugnación ha de ser, pues, rechazado ya que el Real Decreto 1003/2010 no invade las competencias de las Comunidades Autónomas y se limita 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" (STS de 8 de junio de 2011 – RCA 439/2010-).

IX.2.7. Real Decreto 198/2010, de 26 de febrero, por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico a lo dispuesto en la Ley

25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

IX.2.7.1.No implica restricción de la libre prestación de servicios de suministro eléctrico

“La pretensión anulatoria de las cláusulas transcritas de los apartados uno y nueve del artículo tercero del Real Decreto 198/2010, de 26 de febrero, por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico a lo dispuesto en la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que proceden a la modificación de los artículos 71.2 y 79.7 a) y b) del 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, fundamentada en la alegación de que la obligación impuesta a las empresas comercializadoras de energía eléctrica de constitución de depósitos de garantía ante las empresas distribuidoras cuando contraten el acceso a sus redes en nombre de los consumidores cualificados, por restringir injustificadamente la libre prestación de servicios en el sector del suministro eléctrico, infringiendo los artículos 10.1 y 2, 14.6 y 7 y 23 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, no puede ser acogida, en cuanto que consideramos que dichas disposiciones reglamentarias no resultan incompatibles con la libre prestación de servicios, ya que esta reglamentación pretende garantizar el adecuado y regular funcionamiento de la prestación del servicio de suministro eléctrico, sin limitar las condiciones de acceso a los mercados, tratando de cubrir el riesgo que pudiera irrogarse al sistema eléctrico en los supuestos en que las empresas comercializadoras o los consumidores incumplieren las obligaciones de pago derivadas de los contratos de acceso a las redes de distribución, formalizados con las empresas distribuidoras. La finalidad de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que desarrolla el derecho a la libre prestación de servicios enunciado en el artículo 49 del Tratado de la Comunidad Europea (actual artículo 56 TFUE), es garantizar a los prestadores de servicios la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de la libertad de prestación de servicios, suprimiendo aquellos obstáculos que dificultan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros, reforzar la integración entre los pueblos de Europa y fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible.

Según se refiere en la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 2010 (C-447/08 y C-448/08), «el artículo 49 CE exige suprimir cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos. Además, la libre prestación de servicios beneficia tanto al prestador como al destinatario de servicios (sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, C-42/07, Rec. p. I-0000, apartado 51 y jurisprudencia citada)». Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la tesis impugnatoria que postula la defensa letrada de la mercantil recurrente de que la exigencia impuesta en el Real Decreto 198/2010, de 26 de febrero, a las empresas comercializadoras de constituir un depósito contraviene lo dispuesto en los artículos 10, 14.7 y 23 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en cuanto que constituye una restricción ilegítima del ejercicio de la actividad, en la medida que sólo podría establecerse en aquellos supuestos en que la prestación del servicio presente un riesgo directo y concreto a intereses específicos, no puede ser compartida, puesto que sostenemos que de la lectura de las disposiciones comunitarias invocadas no se infiere que quede prohibido, de forma absoluta, que el Estado miembro pueda supeditar el ejercicio de una actividad empresarial a la prestación de garantías que se revelen justificadas por razones imperiosas de interés general, entre las que cabe incluir la preservación de la seguridad financiera de la prestación del servicio de suministro eléctrico, al que alude expresamente el artículo 17.1 b) de la referida norma comunitaria, que no tengan carácter desproporcionado ni discriminatorio. En este sentido, no apreciamos que la obligación impuesta a las empresas comercializadoras de constituir depósitos de garantía en los términos expuestos en la norma reglamentaria recurrida, suponga un obstáculo adicional injustificado y arbitrario al ejercicio de las actividades que desarrollan las empresas comercializadoras, en cuanto deja en manos de competidores -las empresas distribuidoras-, según se aduce, la facultad de exigir garantías financieras, en contradicción con lo dispuesto en el artículo 14.6 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, pues cabe tener en cuenta que las empresas distribuidoras y las empresas comercializadoras no son competidores directos, y que, entre las obligaciones impuestas a las empresas comercializadoras, en relación al suministro de energía eléctrica, destaca la de contratar y abonar el peaje de acceso a las redes de distribución a las empresas distribuidoras, por lo que no resulta carente de justificación la exigencia de depósitos de garantía. Cabe poner de relieve que cuando el artículo 14 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, estipula que los Estados miembros no podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a la obligación de constituir un aval financiero, no afecta a la potestad del Estado de establecer en sectores regulados requisitos inherentes a las características del servicio para asegurar su prestación eficiente en beneficio de los consumidores. Cabe referir que las disposiciones recurridas no incurren en extralimitación reglamentaria, pues desarrollan lo dispuesto en el artículo 41.2 c) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en que se establece como derecho de las empresas distribuidoras «exigir garantías a los sujetos que contraten el acceso a sus redes de distribución»; y, en coherencia con lo dispuesto en esta disposición legal, en el artículo 45.1 h) de la mencionada Ley reguladora del Sector Eléctrico, en que se consigna como obligación de las empresas comercializadoras «prestar, en su caso, las garantías que reglamentariamente correspondan por el peaje de acceso de sus clientes». El artículo 71.2 d) del 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, en su redacción original ya contemplaba la obligación de las empresas comercializadoras de «presentar ante los distribuidores, cuando contraten el acceso a sus redes en nombre de los consumidores cualificados, los depósitos de garantía correspondientes a dichos accesos de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto»; texto que coincide íntegramente con la regulación recurrida en el presente recurso contencioso-administrativo. Y, asimismo, procede señalar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley del Sector Eléctrico, se impone a las empresas distribuidoras una obligación de servicio público de cobrar los peajes de acceso a las

redes de distribución, debiendo ingresar los importes facturados en la cuenta de la Comisión Nacional de Energía” (STS de 21 de febrero de 2012 –RCA 224/2010-).

IX.2.7.2. No afectación a la libertad de establecimiento

“La pretensión anulatoria de las cláusulas transcritas de los apartados uno y nueve del Real Decreto 198/2010, de 26 de febrero, basada en la alegación de que las disposiciones impugnadas contravienen el principio de libre establecimiento, previsto en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 43 TCE), no puede ser acogida, puesto que, en razón de la naturaleza y características de la obligación impuesta a las empresas comercializadoras de electricidad de presentar depósitos de garantía, no apreciamos que constituya una medida que restrinja el acceso al mercado español de suministro de energía eléctrica a empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea. Por ello, consideramos que carece de fundamento que la exigencia de prestación de depósitos de garantía, en relación con los contratos de acceso a las redes de distribución que formalicen las empresas comercializadoras, en nombre de consumidores cualificados, con las empresas distribuidoras, pueda caracterizarse como una medida destinada a dificultar u obstaculizar el establecimiento de empresas en el territorio español, como la propia Asociación recurrente admite, al manifestar que la disposición impugnada «no discrimina a las empresas extranjeras en relación con las nacionales». El desarrollo argumental, formulado respecto a la infracción del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por beneficiar a las empresas eléctricas integradas, en relación con las empresas de cualquier Estado miembro, no puede ser compartido, pues, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia expuesta en las sentencias de 31 de marzo de 1993, 6 de noviembre de 2003 y 27 de octubre de 2005, no consideramos que la aplicación del requisito de prestación de depósitos de garantía favorezca la posición de determinadas empresas comunitarias que operan en el mercado español restringiendo de forma efectiva la libertad de establecimiento. En este sentido, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 2011 (C-371/10), se afirma que el artículo 49 TFUE «obliga a suprimir las restricciones a la libertad de establecimiento. Si bien las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen por objeto, conforme a su tenor literal, asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen asimismo a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación (véanse las sentencias de 16 de julio de 1998, ICI, C-264/96, Rec. p. I-4695, apartado 21; de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services, C-298/05, Rec. p. I-10451, apartado 33; de 23 de octubre de 2008, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, C-157/07, Rec. p. I-8061, apartado 29, y de 15 de abril de 2010, CIBA, C-96/08, Rec. p. I-2911, apartado 18). Asimismo, es jurisprudencia reiterada que deben considerarse restricciones a la libertad de establecimiento todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad (véanse las sentencias de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France, C-442/02, Rec. p. I-8961, apartado 11; Columbus Container Services, antes citada, apartado 34; Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, antes citada, apartado 30, y CIBA, antes citada, apartado 19). [...] De una jurisprudencia constante se desprende que sólo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si está justificada por razones imperiosas de interés general. En tal supuesto es preciso, además, que sea adecuada para garantizar la realización del

objetivo de que se trate y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (sentencias de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Rec. p. I-10837, apartado 35; de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Rec. p. I-7995, apartado 47; de 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, Rec. p. I-2107, apartado 64, y de 18 de junio de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha, C-303/07, Rec. p. I-5145, apartado 57)” (STS de 21 de febrero de 2012 –RCA 224/2010-).

IX.2.8. Regulación de la garantía del origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Competencia del Estado en la materia

“(…) conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, consideramos que el Estado está legitimado para proceder a regular la implantación de un sistema de garantía de origen de la electricidad que permita a los productores de electricidad, que utilicen fuentes de energía renovables o de cogeneración de alta eficiencia, acreditar que la energía eléctrica que vierten al sistema ha sido generada de ese modo, con el fin de incentivar esta clase de instalaciones y de incrementar a medio plazo la penetración en el mercado, que contribuyen a hacer posible el cumplimiento de los objetivos enunciados en el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, tal como establece la Directiva 2001/77/CE, el Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad. La finalidad específica del sistema de garantía de origen de la electricidad se expone en el parágrafo 10 del Preámbulo de la Directiva 2001/77/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001, en los siguientes términos: «La presente Directiva no exige a los Estados miembros reconocer la adquisición de una garantía de origen procedente de otro Estado miembro ni la correspondiente compra de electricidad de una cuota nacional. Sin embargo, para facilitar el comercio de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables e incrementar la transparencia para la elección de los consumidores entre la electricidad generada a partir de la renovables, se requiere una garantía de origen de esta última. Los sistemas de garantía de origen no suponen por sí mismos el derecho de acogerse a los beneficios de los mecanismos de apoyo nacionales establecidos en diversos Estados miembros. Es importante que todas las formas de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables estén cubiertas por tales garantías de origen.». Asimismo, el sistema de garantía de origen de la electricidad se contempla en el artículo 5 de la Directiva 2004/8/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía y por la que se modifica la Directiva 92/42/CEE. En este sentido, cabe transcribir los razonamientos jurídicos expuestos en las mencionadas sentencias de esta Sala jurisdiccional de 8 de junio de 2011, 8 de noviembre de 2011 y 23 de febrero de 2012, en las que dijimos: «[...] Para clarificar todo ello es preciso, a su vez, deslindar el plano de la regulación (legislativa o reglamentaria) del plano de la ejecución (adopción de actos administrativos). No hay inconveniente en admitir -en realidad no se discute- que el Estado ostenta la capacidad normativa básica para regular todo el sector eléctrico, incluidas las normas básicas relativas a las autorizaciones de las instalaciones de producción. Y tampoco es discutido que corresponde a las Comunidades Autónomas que la tuvieran asumida (artículo 28 de la Ley del Sector

Eléctrico) la competencia ejecutiva para dictar los actos autorizatorios correspondientes a las instalaciones fotovoltaicas. En lo que concierne, sin embargo, al régimen económico del sistema eléctrico, las competencias normativas del Estado pueden configurar, como así ha sido, una regulación única y uniforme para todo el territorio nacional, a la que esta Sala del Tribunal Supremo se ha venido refiriendo de modo reiterado en sentencias anteriores (últimamente en la de 5 de abril de 2011, recurso 181/2010). El Estado es competente en cuanto a la gestión económica (en concreto, la retribución) del sistema eléctrico, en coherencia con la concepción "unitaria" de dicho sistema que asumió en su momento la Ley del Sector Eléctrico. La constitucionalidad de este régimen económico único y uniforme ha sido refrendada, entre otras, por la reciente sentencia 18/2011, de 3 de marzo, del Tribunal Constitucional (véase a estos efectos su fundamento jurídico decimonoveno). En la gestión del referido régimen económico las Comunidades Autónomas no asumen atribuciones ejecutivas, esto es, no intervienen en la gestión del mecanismo retributivo de liquidaciones por la venta de electricidad o, en general, en la aplicación de los incentivos económicos a la producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables. Pues bien, a partir de estas premisas, el análisis del Real Decreto 1003/2010 permite concluir que se inserta en el bloque de competencias normativas (estatales) sobre el régimen económico y no en las relativas a las autorizaciones administrativas (autonómicas) exigibles para la construcción y explotación de las instalaciones de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica. En efecto, el Real Decreto 1003/2010 regula determinadas cuestiones relativas a la liquidación de la prima a las instalaciones fotovoltaicas, esto es se constriñe a disciplinar la percepción de las retribuciones que corresponden a aquellas instalaciones (es decir, a sus titulares) en el seno del sistema económico unitario al que antes nos hemos referido. Se trata, en realidad, de un complemento ulterior, desde el punto de vista retributivo, a los Reales Decretos 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y 578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007. Lo que se pretende con el Real Decreto 1003/2010 es precisamente garantizar la debida aplicación de las condiciones exigibles para el cobro de las retribuciones acogidas a las normas precedentes. Como acertadamente subrayara el Consejo de Estado en su dictamen preceptivo sobre el proyecto de Real Decreto 1003/2010, éste en realidad ni cambia el régimen del derecho a las primas ni otorga a la Administración atribuciones que no tuviera, explícita o implícitamente, antes de su aprobación. La premisa de que una determinada instalación debe ajustarse en todo momento, el inicial y los subsiguientes, a los requisitos necesarios para tener derecho a la prima -premisas difícilmente discutible por nadie- va seguida de la conclusión de que la misma Administración que gestiona el régimen retributivo (las primas) ha de contar con los medios y el procedimiento adecuados para comprobar la subsistencia de las condiciones determinantes de su cobro. Entre los "sistemas de apoyo" (por emplear la terminología de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE) aplicables para promover el uso de la energía eléctrica generada a partir de aquellas fuentes renovables el Legislador español optó, entre otros, por mecanismos retributivos basados en los precios, mediante tarifas reguladas y primas. Aun cuando en sentido estricto no se trata de subvenciones con cargo a fondos propiamente estatales sino de transferencias de recursos desde los consumidores a los productores de electricidad, con la intermediación normativa y

ejecutiva del Estado, es claro que la percepción de las primas tienen un componente "público" innegable que legitima la intervención del propio Estado tanto en su regulación como en su gestión. Por lo demás, es el Estado quien avala, con cargo a sus fondos, la seguridad última del cobro del déficit que se pueda generar -de hecho, que se ha generado- como consecuencia, entre otros factores, de la suma agregada de las primas y su consiguiente reflejo en las tarifas eléctricas. Es comprensible, pues, y ajustado a Derecho, que el mismo Estado que promueve, por medio de primas, la producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables (en lo que ahora nos importa, la solar con tecnología fotovoltaica) discipline esta actividad de fomento del régimen especial haciendo respetar las condiciones a las que se sujeta la percepción de la prima. Las funciones de inspección que ostenta la Comisión Nacional de Energía (función octava de las que le atribuye la reforma de la Ley 34/1998 introducida por la Ley 55/1999) y que el Real Decreto 1003/2010 corrobora, dichas funciones, decimos, recaen precisamente sobre las condiciones económicas de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas, precios y criterios de remuneración de las actividades energéticas. En nuestra reciente sentencia de 1 de marzo de 2011 (recurso 108/2009) nos hemos pronunciado a este respecto en relación con la parte de la Orden ITC/1857/2008, de 26 de junio, relativa a las instalaciones fotovoltaicas, que remite a su inspección. Las Comunidades Autónomas, ya lo hemos afirmado, no ostentan competencias en orden al régimen económico, esto es, al reconocimiento del derecho a la retribución en que consisten estas primas, ni a su gestión y liquidación. Sus atribuciones se limitan a las meras autorizaciones de funcionamiento de determinadas instalaciones de generación fotovoltaicas, lo que no prejuzga en un sentido o en otro cuál sea el régimen retributivo, más o menos favorable, al que se puedan acoger. No es coherente reivindicar la competencia de las Comunidades Autónomas -ajenas, insistimos, al régimen retributivo unitario- cuando de lo que ahora se trata es, únicamente, de verificar las condiciones exigibles para la retribución y no para la autorización. De hecho, el sistema de verificación implantado por el Real Decreto 1003/2010 no desencadena, en el peor de los casos para los afectados, la anulación de la autorización administrativa -competencia de las Comunidades Autónomas- de las instalaciones objeto de inspección, que pueden seguir funcionando en el mercado eléctrico de producción (artículo 5 in fine).». La pretensión revocatoria de la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2009, fundamentada en el argumento de que la Sala de instancia ha obviado la doctrina del Tribunal Constitucional formulada respecto del carácter formal de las bases estatales, de la que se desprende que la posibilidad de fijar las bases por una norma infralegal constituye una facultad absolutamente excepcional, no puede ser estimada, pues consideramos que, aunque es la ley estatal el instrumento normativo adecuado para establecer las normas básicas, en aras de preservar la estabilidad regulatoria de la materia y el equilibrio en el sistema de ordenación de las fuentes del Derecho, en este supuesto, en razón de la materia regulada, que concierne a la implantación de un mecanismo de acreditación del origen de la electricidad, y de los títulos competenciales legalmente invocados por el Estado para su normación (artículo 149.1.13ª y 25ª CE), no se revela que fuere necesaria la aprobación de una norma con rango legal. Asimismo, rechazamos la argumentación que expone el Letrado de la XUNTA DE GALICIA de que la sentencia recurrida infringe la doctrina del Tribunal Constitucional sobre «el carácter material de las bases estatales», que denuncia la extensión de la regulación de la garantía de origen de la electricidad realizada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que impide el desarrollo legislativo y ejecución del régimen energético atribuido a la Comunidad Autónoma de

Galicia, en cuanto que estimamos que la regulación reglamentaria de implantación de la garante de origen de la electricidad no conculca, desde la perspectiva material, el orden de distribución de competencias en materia de régimen energético, establecido en la Constitución, en el Estatuto de Autonomía de Galicia y en el artículo 3.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en la medida en que resulta procedente, en este supuesto, tomar en consideración el título enunciado en el artículo 149.1.13ª de la Constitución, de coordinación de la planificación general de la actividad económica, que se proyecta sobre la necesidad de implantar un sistema uniforme y homogéneo, residenciado en la Comisión Nacional de Energía, por su posición de órgano regulador del sistema eléctrico, que haga posible la acreditación del origen de la electricidad producida por fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia, con el objeto de asegurar el funcionamiento equilibrado del sector eléctrico. El reproche que se formula a la sentencia recurrida por vulnerar, específicamente, el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de regulación del régimen energético, establecido en el artículo 149.1.13ª y 25ª de la Constitución y en el artículo 28 del Estatuto de Autonomía de Galicia, que reconocen a la Comunidad Autónoma facultades de desarrollo legislativo y ejecución en este ámbito, no puede ser compartido, puesto que sostenemos que la atribución de funciones de carácter ejecutivo al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y a la Comisión Nacional de Energía, en orden a la gestión del sistema de garante de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia, establecida en los artículos 4 y 5 de la Orden ITC/1522/2007, de 24 de mayo, tal como reconoce la Sala de instancia, está justificada por la necesidad de implantación de mecanismos comunes de supervisión del funcionamiento del sector eléctrico, que guardan relación con los aspectos retributivos y la sostenibilidad económica del sistema eléctrico en su conjunto” (STS de 26 de abril de 2012 –RC 1791/2009-).

IX.2.9. Reparto de costes en proyecto de ejecución de instalación eléctrica de alta tensión

“Legalidad de la imposición a los propietarios de la obligación de costear la urbanización sin ningún tipo de repercusión sobre la empresa distribuidora, siempre que se trate de instalaciones necesarias y no exista sobredimensionamiento de la red. Procedencia del reparto de costes ante la producción de una situación de enriquecimiento injusto de tener que costear el propietario la totalidad de las instalaciones eléctricas de un determinado ámbito cuando la capacidad de las mismas excede de la necesaria, y más cuando dichas instalaciones tienen que ser cedidas a la empresa distribuidora. Posibilidad del propietario de reintegrarse de los gastos de instalaciones de las redes de energía eléctrica: carácter necesario de la instalación, que permite el reparto de costes: alcance (STS de 2 de junio de 2009 –RC 1601/2008-)”.

IX.2.10. Tarifa eléctrica

IX.2.10.1. Retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica

“No es preciso reiterar aquí en detalle la existencia de dos sistemas básicos de retribución de la actividad de distribución: el ordinario, aplicable a las empresas acogidas al Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, y el de las empresas -como las representadas por la actora- acogidas a la disposición transitoria undécima de la Ley del Sector Eléctrico. En lo que respecta al régimen establecido en la disposición transitoria undécima de la Ley del Sector Eléctrico, es preciso dejar claro que se trata abierta y explícitamente desde el primer momento de un sistema transitorio voluntario ("podrán acogerse") y con una fecha de término fijada directamente por la propia disposición transitoria, término que se fijó inicialmente en el año 2.007 ("hasta el año 2.007") y luego se amplió hasta el 1 de enero de 2.010 (modificación introducida por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad, art. 2) aunque con la perspectiva de una finalización antes de dicha fecha, según se establece en el párrafo segundo: "Hasta el 1 de enero de 2010, los distribuidores que vinieran operando con anterioridad al 1 de enero de 1997, a los que no les es de aplicación el Real Decreto 1538/1987, de 11 de diciembre, sobre determinación de la tarifa de las empresas gestoras del servicio eléctrico, podrán acogerse al régimen tarifario que para estos distribuidores apruebe el Gobierno, que garantizará, en todo caso, una retribución económica adecuada. No obstante lo anterior, cuando el Gobierno apruebe una modificación del régimen económico de la actividad de distribución establecida en el Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, que considere las características de estos distribuidores, deberán acogerse obligatoriamente al mismo cuando entre en vigor y en ningún caso antes del 1 de enero de 2007. De acuerdo con lo establecido en el artículo 9.3 de la presente Ley, los distribuidores a que se refiere la presente disposición transitoria podrán adquirir energía como clientes cualificados. Tales adquisiciones supondrán la renuncia definitiva en esa cuantía al régimen tarifario que se establezca de acuerdo con el párrafo anterior. Estos distribuidores deberán adquirir, en todo caso, la energía eléctrica como sujetos cualificados, en aquella parte de su consumo que exceda del realizado en el ejercicio económico de 1997, incrementado en el porcentaje de su crecimiento vegetativo que reglamentariamente se determine." Quiere esto decir, por un lado, que nada obligaba a las empresas acogidas al dicho régimen a permanecer en el mismo hasta la fecha de su anunciado final y, por otro, que dentro de sus lógicas previsiones debían contar con que dicho sistema especial, basado en la tarifa y en determinadas compensaciones y exenciones, finalizaría en principio en la fecha anunciada. A mayor abundamiento, el Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, desarrolló la previsión del fin del régimen especial en su disposición adicional segunda. En esta última disposición no sólo se indicaba la fecha exacta de la desaparición del citado régimen transitorio, sino que se explicitaba la desaparición del régimen de compensaciones y exenciones de ingreso de cuotas: "Disposición Adicional segunda. Distribuidores actualmente acogidos al régimen retributivo establecido en la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. 1. A partir del 1 de enero de 2009, se suprime el régimen retributivo de los distribuidores establecido en la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, quedando incluidos en el ámbito de aplicación Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, con las particularidades siguientes: [...] 2. A partir del 1 de enero de 2009 desaparecerá el régimen de compensaciones por suministros interrumpibles, adquisiciones de energía al régimen especial y

compensaciones por pérdidas de ingresos de los consumidores cualificados, establecido para las empresas distribuidoras que estuvieran incluidas en la disposición transitoria undécima de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Asimismo, estas empresas deberán hacer entrega de la totalidad de las cuotas con destinos específicos expresadas como porcentaje de la facturación por tarifas o tarifas de acceso, con independencia de la clasificación en la que estuvieran incluidas." Finalmente, es la disposición ahora impugnada, la ITC/3801/2008, de 26 de diciembre, la que desarrolla el proceso de transición forzoso del sistema especial previsto en la disposición transitoria undécima Ley al régimen común. Al margen de otras previsiones que no afectan al núcleo de lo que se plantea en el recurso -la sustitución de la tarifa D por un precio, más o menos equivalente-, el fundamento de la queja es que la supresión de las compensaciones y exenciones penaliza indebidamente a las distribuidoras durante el tiempo que media entre el 1 de enero de 2.009 y la fecha en que se incorporen al régimen común, lo que supone una pérdida de la retribución económica adecuada que exige la disposición transitoria undécima de la Ley del Sector Eléctrico; con el agravante de que el paso al nuevo sistema depende de una decisión administrativa que en ocasiones se ha demorado injustificadamente, provocando importantes pérdidas a las empresas pendientes de dicha decisión. Efectivamente, tal como se queja la actora, en vez de preverse un sistema automático de paso forzoso de un sistema a otro en la fecha anunciada, la disposición transitoria quinta de la Orden impugnada abre un período de transición de seis meses, entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2.009, en el que las empresas distribuidoras afectadas han de solicitar a la Administración el paso al nuevo régimen y la Administración debe adoptar un resolución acordándolo así; y, sin embargo -y es esto lo que la parte impugna- la pérdida de las compensaciones y exenciones se extingue, con alguna excepción, desde el mismo 1 de enero de 2.009. Pues bien, de lo dicho hasta ahora se deducen varias consecuencia que conducen a la desestimación del recurso. En primer lugar, el fin del sistema especial y de las compensaciones y exenciones aparejadas al mismo era perfectamente conocido para las empresas afectadas, por lo que en todo momento las empresas afectadas podían haber acomodado su planificación al mismo y, en su caso, haber pasado voluntariamente al régimen común con anterioridad, pues dada la naturaleza del sistema eléctrico -de libre competencia en el marco de una intensa regulación-, nada les podía asegurar la intangibilidad del sistema especial hasta el fin programado por la propia Ley del Sistema Eléctrico. En segundo lugar y en el mismo sentido, tanto antes como después de la fecha del 1 de enero de 2.009 la permanencia en el régimen especial era voluntaria, por lo que las empresas podían haber adoptado las medidas necesarias -la solicitud de pasar al régimen común a la Administración, incluso antes de la aprobación de la Orden ahora impugnada- para que el cambio fuese efectivo en el propio 1 de enero de 2.009. En tercer lugar, no puede considerarse contrario a la disposición transitoria undécima de la Ley del Sector Eléctrico que la Administración haya querido incentivar el paso al nuevo régimen, dentro de ese período transicional de los seis primeros meses de 2.009 suprimiendo las ventajas anejas al régimen especial, decisión que no se puede imputar a la Orden recurrida sino al ya mencionado Real Decreto 222//2.008. Dicha supresión de ventajas puede calificarse de incentivo para el cambio o de penalización por el retraso en hacerlo (como lo hace la recurrente), pero ello en nada cambia la finalidad de dichas previsiones. Por último, no cabe duda que si en algún caso la Administración ha demorado injustificadamente la autorización del cambio una vez solicitado dentro del referido período, quedaría abierta a las empresas afectadas la posibilidad de reclamar, en su caso, una indemnización por los daños ocasionados por dicho retraso. Pero como es obvio, la posibilidad de una ineficiente aplicación del procedimiento de transición por

parte de la Administración podrá ser causa de responsabilidad, pero no es por sí misma una objeción de legalidad contra tal procedimiento. En definitiva, dadas las circunstancias de las que se ha hecho mención, no es posible encontrar una tacha de ilegalidad de la Orden impugnada y, tampoco, como es obvio, del Real Decreto 222/2008 del que trae causa aquélla. En efecto, en tales circunstancias (previsibilidad del fin del régimen especial, voluntariedad de la permanencia, transitoriedad y brevedad del período de privación de compensaciones y exenciones) resulta irrelevante considerar si la disminución de los ingresos que pudieran sufrir las empresas distribuidoras durante el referido período transicional responde o no a la exigencia legal de que la retribución de las empresas distribuidoras acogidas a la disposición transitoria undécima de la Ley del Sector Eléctrico hay de ser adecuada. Se trata, debe insistirse, de una situación transicional en la que los posibles efectos perjudiciales -que no pueden reputarse por sí mismas de contrarias a la disposición transitoria undécima de la Ley del Sector Eléctrico-, conocidos con mucha anterioridad, han podido ser evitados en varios momentos por las empresas afectadas. Debe advertirse por lo demás, en último término, que la recurrente asocia la minoración de la retribución como consecuencia de la supresión de compensaciones y exenciones a una retribución económica inadecuada, equiparación que ni es evidente por sí misma ni ha sido acreditada por la parte. Todo lo dicho con anterioridad lleva también a la desestimación de la petición de que declaremos la nulidad del apartado 2 de la disposición adicional segunda del Real Decreto 222/2008, por haber devenido ilegal, o de la petición alternativa de que declaremos la ilegalidad por omisión de la Administración por no haber procedido a la modificación normativa para evitar la antijurídica consecuencia de que no se respetase la tan reiterada exigencia legal de una retribución adecuada para las distribuidoras afectadas. Al margen de otras consideraciones sobre lo atípico de tales pretensiones, baste decir que, tal como se ha explicado, ni se ha acreditado la consecuencia retributiva ilegal que se denuncia, ni puede obviarse que los perjuicios denunciados hubieran podido prevenirse y evitarse por las empresas afectadas abandonando el régimen de la disposición transitoria undécima de la Ley del Sector Eléctrico en el momento en que lo hubieran considerado conveniente para sus intereses” (STS de 4 de noviembre de 2011 –RCA 47/2009-)

IX.2.10.2. Bono social

“(…) el bono social debe considerarse como una medida de protección a los clientes finales socialmente vulnerables de las previstas en el apartado 5 del artículo 3 de la Directiva. En efecto, el apartado primero del artículo 5 del Real Decreto-ley y su desarrollo provisional por parte de la disposición transitoria segunda de la misma norma definen a los destinatarios del bono social como los usuarios de la tarifa de último recurso que pertenecen a los grupos siguientes: potencia contratada inferior a 3 kW, determinados pensionistas, familias numerosas o familias con todos sus miembros en situación de desempleo. Semejante definición configura colectivos que, en principio, responden a una situación económica y social de vulnerabilidad, a pesar de determinadas insuficiencias de esta regulación provisional respecto al mandato del propio artículo 2.1 del Real Decreto-ley, en especial la falta de fijación de un umbral referenciado a un indicador de renta per capita familiar; mandato que tampoco ha sido cumplimentado por la ya citada Resolución de la Secretaría de Estado de Energía de 26 de junio de 2.009, que regula el mecanismo de puesta en marcha del bono social. También puede afirmarse que la obligación de financiación de una medida de

protección de colectivos vulnerables que desarrolla la previsión del artículo 35 de la Directiva puede ser efectivamente comprendida entre las obligaciones de servicio público contempladas en el apartado 2 del mismo artículo 3 de la Directiva. Así, entre los supuestos de finalidades a que pueden responder las obligaciones de servicio público enumerados en el citado apartado (seguridad, regularidad, calidad y precio de los suministros y protección del medio ambiente, incluida la eficiencia energética y la protección del clima) se encuentra la del precio de los suministros. En este sentido la imposición a las comercializadoras de un precio fijo reducido y la consiguiente obligación de financiación a cargo de las empresas de generación puede ser comprendida entre las obligaciones de servicio público a las que se refiere la Directiva. Y no cabe duda además, de que esta concreta obligación de servicio público queda amparada por un expreso mandato como el formulado por el apartado 5 del artículo 3 al que ya nos hemos referido. Ahora bien, aun siendo correcto que el Real Decreto-ley 6/2009 se ampara en la Directiva, debemos comprobar, sin embargo, si esta obligación de servicio público respeta las exigencias de no discriminación ex artículo 3.1 y 3.2 de la misma, pues es ésta precisamente la objeción que la empresa recurrente formula a la Orden impugnada e, indirectamente, al Real Decreto-ley. Pues bien, desde esta perspectiva, un examen detenido de la regulación que ya se ha expuesto revela que los referidos requisitos establecidos por la Directiva no han sido respetados y que tiene razón la actora al denunciar que el mecanismo de financiación del bono social -no el propio bono social- supone una obligación para las empresas generadoras obligadas a participar que debe calificarse de discriminatoria y no transparente, además de no resultar controlable ante la jurisdicción en sus parámetros esenciales. En primer lugar es discriminatoria puesto que carga toda la financiación del bono social en unas empresas concretas de un sector (el de generación de energía eléctrica), sin que se explicita la razón por la que deba imponerse a dicho sector en general y a tales empresas en particular la prestación patrimonial que implica la financiación del bono social. Así, el Real Decreto-ley fija en su artículo 2.5 que la financiación del bono social "será compartida por las empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico" y lo mismo se dice literalmente en el preámbulo, sin que conste ninguna justificación de porqué ha de ser dicho sector, de todo el mercado eléctrico, al que se le imponga dicha carga, y en vez de a todos los sectores empresariales intervinientes en dicho sector (generación, transporte, distribución) o a la generalidad de los usuarios, o a unos y otros o, simplemente, con cargo al presupuesto estatal, dado que en definitiva se trata de la financiación de una ayuda social. Seguramente el Gobierno español pueda optar, frente a otras soluciones presentes en derecho comparado, porque sea el propio sector eléctrico el que se haga cargo de dicha prestación social o, incluso, una parte de dicho sector; esto es, en forma alguna se rechaza en términos genéricos la capacidad del Gobierno para escoger tal opción. Pero en tales casos y de conformidad con la Directiva 2003/54 CE (hoy substituida en términos análogos, para lo que aquí importa, por la Directiva 2009/72/CE) para prever dicha ayuda social con cargo al sector eléctrico o a una parte del mismo resulta imprescindible que se aduzcan razones suficientes y razonables para ello, que en el presente caso no se expresan ni en la exposición de motivos ni en el texto del Real Decreto-ley, que permitan excluir un trato injustificadamente perjudicial (discriminatorio) para las empresas afectadas y que haga que las obligaciones impuestas sean transparentes y susceptibles de control en cuanto a su aplicación. Por otra parte y aunque no proceda ahora examinar esta medida desde una perspectiva constitucional interna, sin duda la obligación de financiación constituye una prestación patrimonial impuesta a unos sujetos particulares y como tal, está sujeta a la exigencia constitucional del artículo 31.3 de la norma suprema, que requiere que toda

prestación de esa naturaleza debe establecerse "con arreglo a la ley". En este caso la previsión se establece directamente en un Decreto-ley, lo que resulta suficiente para cumplir con dicha exigencia constitucional respecto al rango normativo. Finalmente, tampoco encontramos ninguna explicación que pudiera ofrecer una razón suficiente para justificar la opción escogida por el Gobierno en la discusión parlamentaria del referido Real Decreto-ley, en la que las referencias al bono social se centran en la finalidad de ayuda social del mismo, no en el mecanismo de financiación. En lo que respecta a la imposición de la carga de financiación del bono social a una lista nominativa de empresas en la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley, nos encontramos con la misma falta de justificación y, consiguientemente, con una decisión igualmente discriminatoria y carente de transparencia. Es verdad que el tenor del artículo 2.5 del Real Decreto-ley, en su párrafo segundo, prevé que por debajo de un umbral a determinar por el Ministro de Industria, Turismo y Comercio las empresas generadoras podrían quedar exentas de tal carga, lo que apunta claramente a que el criterio de distribución de la carga financiera del bono social debe ser el volumen de negocios a escala nacional. Pero si bien el Gobierno ha otorgado mediante el Real Decreto-ley la referida habilitación al Ministro, él mismo se ha considerado exento de la necesidad de justificar la inclusión de una serie de empresas para financiar el bono social y de excluir a las restantes fijando un umbral determinado con dicho criterio del volumen nacional de negocio, incumpliendo con ello la exigencia comunitaria de que la obligación de servicio público sea no discriminatoria, transparente y controlable. En definitiva, al no fijar dicho criterio ni especificar en virtud de qué parámetros precisos se atribuye el porcentaje de financiación concreto a cada una de las empresas afectadas se impide verificar y controlar a cada una de ellas la exactitud o corrección de tales porcentajes y, en todo caso, se les discrimina respecto a las no incluidas en el listado sin que se haya aplicado el propio criterio legal de fijar un umbral por debajo del cual las empresas quedarían exentas de semejante carga financiera. Debemos insistir en que la falta de transparencia, en el sentido de no especificarse las razones que han llevado al Gobierno español a decidir mediante el referido Real Decreto-ley que sea el sector de la generación, dentro de los que integran el mercado de la electricidad, el que haya de asumir la financiación del bono social, y que sean unas determinadas empresas generadoras y en porcentajes cuya razón última se desconoce quienes lo hagan ya en términos concretos, origina que tales decisiones o las consecuencias o aplicación de las mismas no puedan ser debidamente controlables ante los tribunales por los sujetos afectados, lo que incumple las exigencias de la Directiva 2003/54/CE. Queda por ver, antes de resolver sobre las consecuencias del incumplimiento de las exigencias de no arbitrariedad, transparencia y susceptibilidad de control contempladas por la referida Directiva, si no sería preciso plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Pues bien, consideramos que a la vista de la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de 20 de abril de 2010 (Asunto C-265/08, Federutility), la contradicción de la normativa española con la Directiva 2003/54 reiteradamente citada es clara y nos exime de dicho planteamiento. La referida Sentencia se refiere a la Directiva 2003/55, sobre el mercado interior del gas natural y que resulta, en lo que atañe a las cuestiones suscitadas en el presente asunto, completamente análoga a la 2003/54. En concreto, son coincidentes los artículos 3 de ambas Directivas, de forma que en ambas se admite en los mismos términos la posibilidad de imponer obligaciones de servicio público y se prevé la protección de los colectivos vulnerables (Directiva 2003/54, apartados 2 y 5; Directiva 2003/55, apartados 2 y 3). Pues bien, en la referida Sentencia comunitaria europea, ante la

cuestión planteada por el Tribunal italiano de si resultaba compatible con la Directiva citada que la normativa nacional reconociese a la autoridad reguladora la facultad de fijar precios de referencia para los clientes domésticos que las empresas de distribución o vendedoras tuviesen que reflejar en sus ofertas comerciales en el marco de las obligaciones de servicio público, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recuerda que el objetivo último que se desprende de la citada Directiva es alcanzar progresivamente una liberalización completa del mercado del gas natural (párrafo 18), pero que atendiendo al objetivo de que el servicio público se mantenga a un nivel elevado y se asegure la protección del cliente final, se pueden imponer -de conformidad con el artículo 3.2 de la Directiva- obligaciones de servicio público que pueden referirse al precio del suministro (párrafos 20 y 21), por lo que "la Directiva 2003/55 permite, por consiguiente, y a condición de que se cumplan los requisitos que ella establece, una intervención del Estado miembro en la fijación del precio de suministro del gas natural al consumidor final después del 1 de julio de 2007" (párrafo 24). Examina a continuación los requisitos impuestos a una obligación de servicio público de esa naturaleza: una intervención justificada por el interés económico general (párrafos 26 a 32), el respeto del principio de proporcionalidad (párrafos 33 a 43) y finalmente, y esto es lo que directamente atañe el caso presente, "el carácter claramente definido, transparente, no discriminatorio y controlable de las obligaciones de servicio público y la necesidad de un acceso en igualdad de condiciones de las empresas de gas de la Unión a los consumidores", punto respecto al cual se afirma: "44 Por último, deben cumplirse igualmente los otros requisitos mencionados en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2003/55, relativos al carácter claramente definido, transparente, no discriminatorio y controlable de las obligaciones de servicio público adoptadas con arreglo a dicha disposición, así como a la necesidad de un acceso en igualdad de condiciones de las empresas de gas de la Unión a los consumidores. 45 Respecto del carácter no discriminatorio de dichas obligaciones, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, habida cuenta del conjunto de medidas que puede adoptar en ese ámbito el Estado miembro de que se trata, la fijación de precios de referencia para el suministro de gas natural, como los controvertidos en el litigio principal, que se aplica de modo idéntico al conjunto de las empresas de suministro de gas natural, debe no obstante considerarse discriminatoria.46 Así ocurriría si una intervención de ese tipo hiciera recaer la carga financiera resultante de la misma principalmente en algunas de esas empresas, en el caso concreto las que no ejercen igualmente actividad de producción/importación de gas natural." (párrafos 44 a 46). Por lo que el Tribunal concluye que: "47 Por tanto, procede responder a las cuestiones planteadas que los artículos 3, apartado 2, y 23, apartado 1, de la Directiva 2003/55 no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite determinar el importe del precio de suministro del gas natural mediante la fijación de precios de referencia, como los controvertidos en el litigio principal, después del 1 de julio de 2007, a condición de que esa intervención: - persiga un interés económico general consistente en mantener el precio de suministro del gas natural al cliente final en un nivel razonable, habida cuenta de que los Estados miembros deben conciliar, tomando en consideración la situación del sector del gas natural, los objetivos de liberalización y de la necesaria protección del cliente final perseguidos por la Directiva 2003/55;- sólo menoscabe la libre fijación de precios de suministro del gas natural después del 1 de julio de 2007 en la medida necesaria para alcanzar dicho objetivo de interés económico general y, en consecuencia, durante un período de tiempo necesariamente limitado;- esté claramente definida, sea transparente, no discriminatoria y controlable, y garantice a las empresas de gas de la Unión el acceso, en igualdad de condiciones, a los

consumidores." (parágrafo 47). La aplicación de la anterior Sentencia al caso de autos nos lleva a entender que corresponde a esta Sala determinar si la obligación de servicio público consistente en financiar el bono social debe o no considerarse discriminatoria (parágrafo 45), habida cuenta, en especial, que dicha carga se impone a unas empresas en concreto -las de generación y, dentro de ellas, a unas concretas que se relacionan nominatim-, sin que resulte necesario plantear a tal respecto una cuestión prejudicial" (STS de 25 de mayo de 2012 –RCA 419/2010-).

IX.2.11. Trazado de línea eléctrica aérea

“Frente a la validez del trazado propuesto y aprobado, que cuenta con los informes favorables de los órganos ambiental y sustantivo llamados a valorar su procedencia, no se ha llegado a probar que deba tener una acogida preferente el trazado alternativo o variante sugerida por la sociedad "Bravo Mediterránea, S.L.". La servidumbre de paso para las líneas de alta tensión sobre terrenos de propiedad particular queda excluida, a tenor del artículo 161.2 del Real Decreto 1655/2010, si se cumplen conjuntamente una serie de condiciones de orden jurídico-técnico (que la línea pueda instalarse sobre terrenos de dominio, uso o servicio público o patrimoniales del Estado, de la Comunidad Autónoma, de las provincias o de los municipios, o siguiendo linderos de fincas de propiedad privada), propiamente técnico (que la variación del trazado no sea superior en longitud o en altura al 10 por 100 de la parte de línea afectada por la variación que según el proyecto transcurra sobre la propiedad del solicitante de la misma y que sea técnicamente posible) y económico (no es admisible la variante cuyo coste sea superior en un 10 por 100 al presupuesto de la parte de la línea afectada). Para verificar si la propuesta alternativa de "Bravo Mediterránea, S.L." reunía o no dichas condiciones se hubiera requerido una prueba cumplida, normalmente pericial, que demostrara de modo suficiente la concurrencia de aquellos requisitos, lo que en este caso no se ha hecho. No basta la aportación a este proceso de la prueba (informe de un ingeniero industrial) practicada en otro sobre una línea diferente, con la que engarza la que es objeto de litigio, informe en el que, por lo demás, el perito consideraba inviable técnica y económicamente la variante que para aquella otra línea había propuesto la misma sociedad actora (...) En fin, es comprensible que la sociedad propietaria de unos terrenos no urbanizables pretenda limitar al máximo la afección a sus fincas, tratando de aproximar el trazado de la nueva línea a las lindes de aquéllas. Pero este tipo de líneas aéreas no puede, en cada uno de sus tramos, quedar condicionado por los intereses de los sucesivos afectados (quienes por ello reciben las indemnizaciones correspondientes a las servidumbres de paso aéreo y demás ocupaciones de terrenos), intereses a veces incluso contradictorios entre sí y no siempre compatibles con las exigencias técnicas y económicas inherentes a instalaciones de esta envergadura de evidente interés público, en cuanto necesarias para la seguridad y desarrollo del sistema eléctrico español. Como bien afirma el perito, siempre existen diferentes alternativas de trazado y por lo general "no hay una solución única que en comparación con las demás donde se aprecie que presenta un conjunto de ventajas, que se determine como óptima". Frente a la opción por la que se decanta la Administración, previos los estudios e informes preliminares, no existen en este caso razones bastantes para imponer la variante propugnada por la recurrente cuya pretensión anulatoria debe, por lo tanto, ser rechazada" (STS de 28 de mayo de 2012 –RC 132/2010-).

“En cuanto a los parajes donde se adopta un nuevo trazado, las razones que lo justifican han sido sometidas al proceso de información pública y evaluación de su impacto, a raíz de las cuales la incidencia de diversos criterios ha determinado la elección correspondiente. En la preceptiva declaración de impacto ambiental del proyecto, que la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático formuló en su resolución de 7 de septiembre de 2006, se exponen aquéllas. En todo caso, el planteamiento argumental de los recurrentes sobre esta cuestión no descansa en bases sólidas. Los preceptos legales o reglamentarios por ellos invocados no exigen que se aprovechen en todo caso los trazados preexistentes de modo que no quepan sino nuevas líneas que sustituyan a las antiguas con su propia traza. Así lo hemos apreciado en la sentencia que pone fin al recurso 620/2007 con los siguientes razonamientos: “[...] En la primera parte del primer fundamento, las entidades actoras objetan que la utilidad pública de las líneas eléctricas en general no puede ocultar la arbitrariedad en la selección del trazado de la línea litigiosa. En su opinión, el interés general que justificaría una declaración de utilidad pública estaba en aprovechar el trazado existente, posibilidad contemplada en los artículos 140.2, 157.2 y 161.2 del Real Decreto 1955/2000. Se afirma que ni el proyecto aprobado ni el estudio de impacto ambiental justifican adecuadamente porqué no se cumple lo dispuesto en el citado artículo 157.2 y si era posible evitar propiedades particulares en los términos del artículo 161. La queja no puede prosperar. En ella se mezclan dos distintas alegaciones, una la supuesta falta de justificación de la utilidad pública de la línea en discusión y otra, la arbitrariedad en la selección del trazado. En cuanto a la utilidad pública de la línea, no depende del aprovechamiento o no de la línea preexistente, sino de la necesidad de la sustitución o refuerzo de la anterior, lo que se justifica tanto en la resolución de autorización de la Dirección General de Política Energética y Minas de 26 de diciembre de 2.006 como en la del Consejo de Ministros de 6 de julio de 2.007, ahora impugnada. Así, en la primera se afirma: 'La finalidad de la instalación surge de la necesidad de atender las previsiones del incremento de consumo de energía eléctrica en la Comunidad de Madrid, así como mejorar el mallado de la red de transporte para aumentar el nivel de seguridad y operatividad de la red. Asimismo, se suministrará energía al futuro tren de alta velocidad y se posibilitará la evacuación de la energía generada en Galicia y Castilla y León al incrementar la capacidad de conexión eléctrica entre estas comunidades y la de Madrid.' y en la segunda se dice 'Considerando que la línea eléctrica es necesaria para el desarrollo y ampliación de la red de transporte en alta tensión, de forma que se garantice el mantenimiento y la mejora de la misma, realizando para ello un nuevo eje de 400 kV de transporte de energía eléctrica que incremente la capacidad de conexión eléctrica de Galicia y Castilla y León con Madrid.' Pues bien, nada se argumenta por parte de las actoras en contra de la necesidad e interés de la línea señalada por ambas resoluciones, sino que su argumentación se refiere, en realidad, a la supuesta arbitrariedad y falta de justificación del trazado escogido, que no aprovecha el preexistente y que perjudica innecesariamente, se afirma, a los cultivos de viñedos como los de su titularidad. En relación con esto debe señalarse que los preceptos que invoca del Real Decreto 1955/2000 (140.2, 157.2 y 161,2) no obligan a utilizar de forma ineludible el trazado anterior de forma integral -trazado que, por lo demás, sí se aprovecha parcialmente-, sino tan sólo a aprovechar servidumbres preexistentes en determinados de ser ello posible (artículo 157.2) o en supuestos concretos (artículo 161.2). Por otra parte, tampoco hay nada objetable en que se acorte el trayecto de la línea preexistente si la nueva propuesta cumple con las exigencias de tramitación y medioambientales, pues dicho acortamiento también redundará en una menor afección de fincas y en un menor coste, objetivos éstos, inclusive el último, que no se pueden reputar de ilegítimos. Por

consiguiente, justificada la necesidad de la sustitución y refuerzo de la línea anterior por las necesidades existentes en la red de transporte, habiéndose llevado a cabo el preceptivo procedimiento de consultas e información pública, del que han derivado algunas modificaciones, sometido el proyecto a la declaración de impacto ambiental de la que resulta un trazado en el que se combinan alguna de las distintas alternativas y, en suma, habiendo sido seguido el procedimiento de forma regular, no hay indicio alguno de arbitrariedad en el trazado concreto que se declara de utilidad pública y que se aprueba con el proyecto de ejecución. Finalmente, en la cuestión concreta de la afección de viñedos, la queja ha sido formulada, según se recoge en la declaración de impacto ambiental, por varios particulares, por UC COAG Valladolid y por el Ayuntamiento de la Seca, cuya oposición ha sido la causante de que la resolución impugnada sobre utilidad pública y proyecto de ejecución haya sido adoptada por el Consejo de Ministros. Consta, por tanto, que la declaración de impacto ambiental se ha aprobado a la vista de estas quejas y que ha podido tenerlas en cuenta a la hora de optar entre las distintas variantes. Por otra parte, debe considerarse relevante el hecho de que los restantes Ayuntamientos en cuyos términos municipales existen también viñedos no hayan formulado quejas al respecto, como que tampoco lo haya hecho el Consejo Regulador de la Denominación de Origen de Rueda, ni en el período de información pública ni tras habersele enviado el proyecto. En cualquier caso, tanto las razones aducidas por la entidad promotora respecto a la inexistencia de perjuicios apreciables para dichos cultivos como, muy especialmente, el que la declaración de impacto ambiental no recoja tampoco ninguna observación o condicionamiento específicos a ese respecto, llevan a la inequívoca conclusión de que dicha afección no implica la existencia de perjuicios que pudieran invalidar la opción escogida para el trazado de la línea” (STS de 8 de marzo de 2010 –RC 617/2007-).

IX.3. Energía nuclear

IX.3.1. Almacenamiento de residuos radiactivos

“Planteado así el asunto nos enfrentamos a las dos siguientes cuestiones: a) si existía la posibilidad del almacenamiento temporal de los residuos radioactivos con las autorizaciones iniciales y b) el papel de las autorizaciones otorgadas por la Administración para la ampliación y modificación de las piscinas de almacenamiento temporal. a) Como hemos señalado antes, la Ley de Energía Nuclear no especifica nada respecto al almacenamiento temporal de los residuos radioactivos en las propias instalaciones de las centrales nucleares hasta tanto no sean transportados al emplazamiento definitivo. Por consiguiente, es preciso determinar si dicho almacenamiento temporal estaba ya incluido en las autorizaciones iniciales. Pues bien, por un lado hemos de convenir con la Sala juzgadora que los términos de la Ley de Energía Nuclear son lo suficientemente amplios y flexibles como para entender que la licencia inicial de las centrales incluía el almacenamiento temporal de los residuos nucleares hasta su traslado a emplazamientos de almacenamiento propiamente dichos. A este respecto resulta decisiva la prueba obrante en autos sobre la práctica de dicho almacenamiento inmediato y temporal de los residuos en el normal funcionamiento de una central nuclear. Así, la valoración de la prueba pericial efectuada por la Sala de instancia, en el sentido de que la misma autorización de funcionamiento de una central nuclear implica la necesidad de hacer frente al mantenimiento temporal, por muy breve

que pueda ser éste, de los residuos radioactivos que se generan es, en contra de lo que sostiene la Asociación actora, plenamente fundada. Resulta de especial relevancia el que tres informes periciales, tanto el aportado por el perito como los elaborados por Enresa y, en especial, por el Consejo de Seguridad Nuclear son coincidentes a este respecto. Así pues, parece acreditado que el almacenamiento temporal es inevitable sea cual sea la técnica (cielo abierto o cerrado) que utilice la central, así como que las instalaciones primigenias de las centrales nucleares contaron a tal efecto desde su estructura inicial autorizada con piscinas para permitir dicho almacenamiento temporal y en donde se produce, mientras se conservan en ellas los residuos, el enfriamiento inicial de los mismos. b) Menos problemas plantea la segunda cuestión, puesto que la Sala de instancia recoge en el fundamento de derecho primero como antecedentes (véase supra en el primer fundamento de esta Sentencia) datos que hay que considerar hechos probados y que, por lo demás, obran en autos, sobre la sucesivas autorizaciones de ampliación y obras en las piscinas de las distintas centrales nucleares para habilitar una mayor capacidad de almacenamiento de las mismas. Así las cosas es claro que el almacenamiento temporal en dichas piscinas, ampliados o modificadas de conformidad con las respectivas autorizaciones requeridas por el artículo 4 del Reglamento aprobado por el Decreto 2869/1972, resulta perfectamente regular. No deja de tener razón el Abogado del Estado a este respecto cuando afirma que el presente asunto surge mediante la creación un tanto artificiosa de un acto administrativo (la solicitud a la Administración de que emitiera diversas declaraciones admitiendo determinadas irregularidades en las centrales nucleares en relación con el almacenamiento de residuos nucleares) para poder recurrir actos administrativos que en su momento no fueron impugnados, como las referidas autorizaciones” (STS de 24 de noviembre de 2009 –RC 2863/2007-).

IX.3.2. Seguridad nuclear

“(…) del invocado artículo 83 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de Roma de 25 de marzo de 1957, que habilita a la Comisión a imponer sanciones en caso de incumplimiento por parte de las personas o empresas de las obligaciones que se les asignan en materia de control de seguridad de los materiales nucleares, no se desprende que los Estados miembros estén desapoderados para establecer con carácter complementario la normativa específica que consideren adecuada que garantice el regular funcionamiento de las instalaciones nucleares ubicadas en su territorio y la correcta ejecución de las actividades de transporte y exportación de los materiales nucleares, con la finalidad de impedir su uso para fines distintos a los que tienen asignados, y hacer efectivo en un nivel equivalente la protección de la salud de la población y de los trabajadores directamente afectados. La existencia de dos esferas competenciales concurrentes en materia de control de seguridad nuclear, relativo a la manipulación y transporte de materiales radiactivos, se evidencia en el Preámbulo de la Directiva 92/3/Euratom, del Consejo de 3 de julio de 1992, relativa a la vigilancia y control de los traslados de residuos radiactivos entre Estados miembros o procedentes o con destino al exterior, en que se expone el carácter complementario de la normativa estatal y comunitaria en este ámbito y la exigencia de implementar sistemas de control internos por los Estados miembros, con arreglo a las disposiciones nacionales compatibles con los pertinentes requisitos comunitarios e internacionales, con el objetivo de garantizar un nivel equivalente de protección de sus territorios, de acuerdo con el principio de subsidiaridad vigente en la Comunidad. La

Convención sobre la protección física de los materiales nucleares hecha en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, firmada por España el 7 de abril de 1986 y ratificada como miembro de Euratom el 6 de septiembre de 1991, que forma parte del ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución, obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias apropiadas en el marco de la legislación nacional que garantice que los materiales nucleares queden protegidos tanto en las expediciones internacionales como en su almacenamiento, manipulación y movimientos internos dentro del territorio jurisdiccional, de donde se desprende, inequívocamente, que la adhesión de España a las Comunidades Europeas, como razona la Sala de instancia, no supone la abdicación o renuncia del Estado español a ejercer las competencias regulatorias y sancionadoras en esta materia, con el objetivo de mantener la seguridad en las operaciones relacionadas con este tipo de actividades. Precisamente, el Real Decreto 158/1995, de 3 de febrero, sobre protección física de los materiales nucleares, que fundamenta la resolución sancionadora del Ministro de Industria y Energía de 31 de julio de 1997 impugnada, se dicta en cumplimiento de la Convención internacional sobre la protección física de los materiales nucleares, con el objetivo de garantizar que el Estado español asume la responsabilidad de asegurar a nivel interno la protección de los materiales nucleares, a través del establecimiento de un marco legislativo y reglamentario, que impida las transferencias inadecuadas de uno a otro Estado de dicho material, previendo en su artículo 18, que «los hechos que constituyen infracciones de las disposiciones de este Reglamento serán sancionables de conformidad con lo establecido en el Capítulo XII de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, en la redacción dada al mismo por la Disposición adicional sexta de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional» (STS de 17 de noviembre de 2009 –RC 11078/1998-).

IX.4. Sector gasista

IX.4.1. Aparatos de gas

“Los razonamientos de la Sentencia antes transcrita, llegan a la conclusión de la legalidad del artículo 13.3, segundo inciso del Código de la Edificación, que introduce, por vez primera, la regla general de la evacuación de los productos de combustión por cubierta, por presentar una justificación técnica suficiente y válida, cual es la salud y la preservación de la calidad del aire interior de los edificios y del entorno exterior de fachadas y patios. En la medida que la presente impugnación se dirige en su mayor parte a discutir la aludida solución de salida por cubierta incluida en el Reglamento de Instalaciones Terminas de Edificios, en línea de lo establecido en el Código Técnico de Edificación y por el Reglamento Técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos, han de decaer los argumentos esgrimidos en la demanda que se sustentan en la ausencia de justificación razonable y suficiente de las disposiciones impugnadas y ello por cuanto la disposición impugnada se limita a determinar y concretizar las especificidades técnicas derivadas de dicha regla general, que hemos declarado suficientemente justificada por razones medioambientales y de salubridad. No cabe entender lesionado el principio de libre circulación de mercancías atendido el régimen jurídico que diseña el Reglamento respecto a la forma de evacuación de los combustibles, pues las eventuales limitaciones que puedan producirse en la comercialización de los aparatos de gas con salida a fachada -en caso de que no fuera

posible canalizar o adaptar su evacuación- no resultan irrazonables ni exorbitantes respecto de la finalidad perseguida, presentan justificación objetiva y obedecen a criterios racionales. Así es, las restricciones que eventualmente pudieran deducirse de la reglamentación impugnada, en tanto pudiera incidir indirectamente en la comercialización de este tipo de aparatos han de entenderse fundadas si tenemos en cuenta que atienden a la necesidad de preservar la calidad del aire interior y exterior de los edificios, esto es, a razones de interés general, que se conectan de forma directa con la protección del medio ambiente, lo que proporciona la justificación objetiva y razonable al criterio seguido en el Real Decreto impugnado, congruente con las anteriores disposiciones. La solución de salida por cubierta, según ha constatado esta Sala, se encuentra objetivamente justificada y es apropiada para alcanzar el objetivo de preservar la calidad del aire interior de los edificios y de las fachadas exteriores por lo que en coherencia con lo manifestado en la Sentencia de 4 de mayo de 2010 y de acuerdo con el principio de seguridad jurídica y con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, citada por la propia recurrente, cabe considerar que la específica reglamentación técnica sobre instalaciones térmicas impugnada que precisa y puntualiza en lo referido a instalaciones térmicas la aludida regla general se encuentra solidamente avalada y resulta razonable y proporcionada. En fin, no se ha acreditado en este proceso que la reglamentación específica contenida en los preceptos de la Instrucción técnica cuestionada, en su redacción final -con la modificación del apartado a) tras las objeciones de la dictamen razonado emitido por la Comisión Europea- contenga alguna previsión que no responda a la misma finalidad que la contemplada en la pauta general establecida o suponga una restricción desproporcionada respecto a tales finalidades. Como hemos reiterado, la exigencia de evacuación se adopta en atención a razones de salubridad pública y cabe considerar que la determinación de las condiciones técnicas que no son sino consecuencia de la anterior, obedecen y presentan la misma justificación y fundamentación. Sin que, por lo demás, pueda olvidarse que, como indica el Abogado del Estado -y se reconoce en la demanda-, existe una diversidad de opciones en la regulación de los principales países europeos que determinan, en función de los factores concurrentes, las distintas configuraciones para la evacuación de productos para la combustión y de tipos de aparatos autorizados (Anexo I del documento elaborado UNE-CEN/TR 1749 IN) correspondiente al "Esquema europeo para la clasificación de los aparatos que utilizan combustibles gaseosos según la forma de evacuación de los productos de combustión" (STS de 16 de septiembre de 2010 –RC 179/2007-).

IX.4.2. Bases de datos de puntos de suministro: acceso de las empresas comercializadoras de gas

“La pretensión de nulidad de la disposición final segunda del Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador, que modifica el artículo 43 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, que se sustenta en la argumentación de que la obligación impuesta a las empresas distribuidoras de garantizar el acceso a las bases de datos de puntos de suministro a las empresas comercializadoras vulnera el artículo 18 de la Constitución y el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en cuanto que no requiere el consentimiento previo del titular del punto de suministro, debe ser

rechazada. Consideramos que la cesión de datos deriva del artículo 83 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, adicionado por la Ley 12/2007, de 2 de julio, que regula la Oficina de Cambios de Suministrador, previendo el acceso a las bases de datos de consumidores y puntos de suministro de gas y electricidad, que cumple las exigencias previstas en el artículo 11.2 a) de la mencionada Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, teniendo en cuenta que la información suministrada es acorde con los fines legítimos de interés público de promover el desarrollo y funcionamiento del mercado de suministro de gas en condiciones de competencia efectiva y garantizar el derecho de los consumidores a la libre elección del suministrador que debe prestar el servicio, que la justifican, y preserva la confidencialidad de la información y garantiza la facultad del interesado consumidor a prohibir su difusión. En efecto, como se sostiene en el Informe emitido por la Agencia Española de Protección de Datos de 17 de enero de 2008, que consta en el expediente de elaboración de la norma reglamentaria enjuiciada, el acceso por parte de las empresas comercializadoras de energía eléctrica y, por ende, a las comercializadoras de gas natural, a los datos contenidos en el sistema de información de puntos de suministro sin contar con el consentimiento del afectado, no resulta contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, siempre que los comercializadores utilicen los datos para las finalidades que justificaron la cesión y en la medida en que se excluya la cesión de datos de aquellos consumidores que hubieran manifestado por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores, lo que, expresamente, se garantiza, siguiendo las observaciones del Dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 9 de junio de 2009, en el apartado 5 del artículo 43 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, en la redacción modificada por el Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio impugnado. En este sentido, debe significarse que, conforme a una reiterada y consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en las sentencias 254/1993, de 20 de julio, 143/1994, de 9 de mayo, 202/1999, de 8 de noviembre y 292/2000, de 30 de noviembre, el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal, reconocido en el artículo 18 de la Constitución, constituye un derecho de libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad, el honor, la intimidad, la vida privada de las personas provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, que se traduce en un derecho de disposición y control sobre los datos relativos a la propia persona que se desean excluir del conocimiento ajeno, que comprende el poder jurídico de imponer a terceros la omisión de aquellos determinados comportamientos que sean invasivos del ámbito de la esfera personal y familiar (...)Por ello, en razón de las características y funcionalidad de las bases de datos de puntos de suministro, descartamos que la incorporación de datos relativos a la identificación del titular del punto de suministro, el uso del punto de suministro, de si se trata de vivienda habitual o no, y la información relativa a los impagos, atente contra la legislación sobre la protección de datos, pues estimamos que no es incompatible con el derecho fundamental de protección de datos de carácter personal y se revela adecuada, necesaria y proporcionada respecto del cumplimiento de los fines que persigue la creación de la Oficina de Cambios de Suministrador, que tiene por objeto garantizar el derecho de los consumidores de gas al cambio de suministrador, según advierte la Exposición de Motivos de la Ley 12/2007, de 2 de julio” (STS de 9 de diciembre de 2010 –RC 94/2009-).

IX.4.3. Corte de suministro de gas

“(…) la discrepancia de la recurrente con la Sentencia de instancia, aunque adopta diversas formas, en realidad se limita a la interpretación de un fragmento del artículo 57 del Real Decreto 1434/2002, aquel que dice que la comunicación de interrupción del suministro por las empresas distribuidoras debe hacerse «precisando la fecha a partir de la que se interrumpirá» aquel. Mientras que la Sala del Tribunal de Madrid considera que esta exigencia supone la consignación en el requerimiento del día exacto en que ha de realizarse el corte del suministro y, por tanto, el día inicial de su interrupción, la recurrente entiende que tal fecha es la que marca el comienzo del periodo en cuyo transcurso podrá efectuarse el corte del abastecimiento de gas (...) En primer lugar, la interpretación gramatical que ofrece la recurrente omite el hecho de que la acción que ha de desarrollarse a partir de una fecha determinada es la interrupción del suministro, lo cual no constituye una acción instantánea, sino mantenida en el tiempo. Por tanto, la expresión «la fecha a partir de la que se interrumpirá» está haciendo referencia al día en que comienza el corte del suministro, esto es, al día en que tiene lugar la desconexión de la red, y no al día a partir del cual la empresa suministradora puede realizarla. En segundo lugar, el artículo 57 del Real Decreto 1434/2002 no agota en su número 1 los elementos útiles para interpretar aquellos términos. El número 3 establece «Para proceder a la suspensión del suministro por impago, la empresa distribuidora no podrá señalar como día para la interrupción un día festivo ni aquéllos que, por cualquier motivo, no exista servicio de atención al cliente tanto comercial como técnica a efectos de la reposición del suministro, ni en víspera de aquellos días en que se dé alguna de estas circunstancias». De esta última especificación se desprende sin duda que la fecha que ha de comunicarse al usuario es el día cierto y determinado en que comenzará a verse privado de gas. La norma exige señalar un día para la interrupción, lo que equivale a consignar un concreto día y no un plazo indefinido a partir de una fecha. Por último, el precepto en cuestión, así como el artículo 88 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre (con normas paralelas a las contenidas en los artículos 50 de la Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico, y 85 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre), facultan a las empresas distribuidoras para que, sin resolver el contrato de suministro, suspendan la ejecución de su prestación en caso de incumplimiento de la obligación de pago. Es acorde con el principio de equilibrio contractual exigir a la acreedora la concreción del día en que ejercerá dicha facultad, pues constituye el único medio para que el destinatario del suministro adopte las medidas oportunas encaminadas a paliar los perjuicios que sin duda origina la interrupción del abastecimiento de energía, perjuicios que en este caso la empresa afectada por la medida considera de gran entidad. La interpretación que propugna la recurrente incrementaría injustificadamente el daño al permitir que la suspensión se produzca de manera imprevista o sorpresiva para el consumidor” (STS de 31 de mayo de 2012 –RC 1912/2011-).

IX.4.4. Orden ITC/1724/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas a partir de 1 de julio de 2009

“(…) la habilitación contenida en el artículo 25 del Real Decreto 949/2001 no permite crear nuevos peajes mediante Orden ministerial. Su acogimiento hará innecesario abordar la segunda alegación impugnatoria. Por Orden ministerial, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se puede en virtud del citado artículo 25 del Real Decreto 949/2001 fijar los "valores concretos o un sistema de

determinación de los mismos" de los peajes de acceso por terceros, pero no crear nuevos peajes. El Ministro competente está habilitado, repetimos, para establecer los parámetros de cada uno de los dos peajes que el propio Real Decreto 949/2001 por sí mismo configura en sus artículos 29 y siguientes (peajes de regasificación y de transporte y distribución), parámetros que le es dado "modificar anualmente o en los casos en que se produzcan causas que incidan en el sistema que así lo aconsejen", sin que sus atribuciones alcancen, sin embargo, a la instauración de nuevos peajes como el que es objeto de este litigio. No cabe encuadrar el ahora debatido ni en la categoría de peajes por acceso a las instalaciones de regasificación ni en la de peajes por el uso de las redes o instalaciones de transporte o de distribución. Con él se "grava" la mera entrada de gas natural procedente de las conexiones internacionales, por gasoducto, que unen a España con otros países, europeos o extracomunitarios. El mecanismo previsto, aun con valor cero para el año 2009, permitiría diferenciar el importe del peaje en función del gasoducto utilizado y, en todo caso, supone la implantación de una carga económica exigida por la entrada en España de gas natural sin que haya mediado regasificación (no hay en este caso productos licuados que deban regasificarse) y sin que se hayan aún utilizado las redes internas de transporte o distribución a cuyo acceso por terceros se vincula la exigibilidad del peaje correspondiente. Como quiera que estos dos son los únicos autorizados por el Real Decreto 949/2001, no cabe añadir a ellos otro de naturaleza diferente mediante Orden ministerial. A lo expuesto debe añadirse que en la Orden recurrida ya se contempla un "peaje de tránsito internacional" (no impugnado), que se calcula aplicando a los peajes de transporte y distribución ordinarios determinados coeficientes (se indican en una tabla adjunta del anexo) en función de los puntos de entrada y de salida del gas natural, incluidos los gasoductos de conexión internacional. La Comisión Nacional de Energía había advertido en su informe al proyecto de Orden las dificultades que suponía el posible solapamiento del peaje de tránsito internacional con el ahora objeto de litigio" (STS de 15 de febrero de 2011 –RC 96/2009-).

“Gas Natural SDG, S.A.’ impugna en este recurso el apartado segundo del anexo denominado ‘peaje de descarga de buques y de entrada por conexiones internacional’ que se incluye en la Orden ITC/1724/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas a partir de 1 de julio de 2009. En concreto, impugna la creación del ‘peaje aplicable por la introducción de gas natural por las conexiones internacionales por gasoducto’, cuyo importe se fija en cero céntimos de euro/kWH para cada una de las conexiones internacionales especificadas en el anexo (Larrau e Irún; Badajoz; Tuy; GME y MEDGAZ). Los argumentos en que se basa la pretensión impugnatoria son dos: la insuficiencia de rango de la Orden que crea el nuevo peaje y la ‘imposibilidad de que la norma cumpla con sus objetivos por no basarse en hechos reales por lo que estaría vulnerando el principio de interdicción de arbitrariedad’. [...] A juicio de la recurrente, desarrollado en su primer alegato, no es válida la aprobación de nuevos peajes mediante Orden Ministerial pues el artículo 25.2 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y establece un sistema económico integrado del sector de gas natural, no proporciona ‘habilitación suficiente para crear un nuevo peaje que afecta a toda la estructura del sistema tarifario.’ Aquel Real Decreto permite que mediante Orden ministerial se revise la cuantía de los peajes pero no introducir modificaciones que afecten a su estructura, cambio que sólo es posible mediante una norma de rango superior a la de Orden ministerial. Subraya la demandante que esta era igualmente la tesis de la Comisión Nacional de Energía cuyo

informe (número 20/2009, apartado 4) sobre el proyecto de Orden objeto de litigio expresamente objetaba que las modificaciones que afectan a la estructura de peajes deberían realizarse a través de una norma de rango superior, y no a través de una Orden ministerial cuyo objeto propio ha de ser tan sólo la revisión de la cuantía de los peajes a la vista de las desviaciones en la previsión del saldo entre costes e ingresos del sistema. [...] Antes de analizar el argumento de la demanda sobre la ilegalidad de la Orden, por vulneración del principio de jerarquía normativa, es oportuno destacar que la creación del nuevo peaje para el año 2009, aplicable a la introducción en España de gas natural a través de las conexiones internacionales mediante gasoducto, fue más teórica que efectiva desde el momento en que su importe era nulo (cero euros). Se trató, según el preámbulo de la Orden, de introducir este nuevo concepto retributivo sin darle, por entonces, significación o carga económica alguna para sus destinatarios. Se introdujo, pues, tan sólo a los efectos eventuales de 'ser utilizado en el futuro para incentivar una ubicación adecuada de las entradas de gas al sistema, de forma análoga a los peajes de descarga de buques en plantas de regasificación'. Con este mismo valor cero el peaje sería mantenido en la Orden ITC/3520/2009, de 28 de diciembre, para el año 2010. Aun cuando esta forma de proceder no deja de ser peculiar desde el punto de vista de la técnica normativa (así se destacó en varias de las observaciones al proyecto de Orden, aduciendo con razón que parece más lógico adoptar un peaje nuevo cuando surja la necesidad y no simplemente crearlo 'en cartera' con valor cero, por si alguna vez hay que utilizarlo en el futuro), en sí misma no obstaría a la validez jurídica de la figura.

Es oportuno subrayar que, según el informe 15/2010 de la Comisión Nacional de Energía sobre la propuesta de la ulterior Orden ministerial por la que se revisan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas a partir del día 1 de julio de 2010 (informe invocado por la recurrente en su escrito de conclusiones, al amparo del artículo 426.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la nueva propuesta para dicho período ya no contenía referencia alguna al peaje de conexiones internacionales por gasoducto. Su 'supresión un año después de su creación' era aplaudida por la Comisión Nacional de Energía tanto por razones de legalidad (el peaje debería haberse introducido a través de una norma de rango superior) como por razones sustantivas (provocaba incertidumbre entre sus usuarios, dado su valor cero, y 'la superposición de este peaje con el peaje de tránsito internacional podría dar lugar al efecto pancaking'). Lo cierto es, sin embargo, que en la nueva Orden ITC/3354/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas y la retribución de las actividades reguladas para el año 2011, se mantiene el que ahora es objeto de debate. [...] El primer argumento de la demanda debe prosperar pues, en efecto, la habilitación contenida en el artículo 25 del Real Decreto 949/2001 no permite crear nuevos peajes mediante Orden ministerial. Su acogimiento hará innecesario abordar la segunda alegación impugnatoria. Por Orden ministerial, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se puede en virtud del citado artículo 25 del Real Decreto 949/2001 fijar los 'valores concretos o un sistema de determinación de los mismos' de los peajes de acceso por terceros, pero no crear nuevos peajes. El Ministro competente está habilitado, repetimos, para establecer los parámetros de cada uno de los dos peajes que el propio Real Decreto 949/2001 por sí mismo configura en sus artículos 29 y siguientes (peajes de regasificación y de transporte y distribución), parámetros que le es dado 'modificar anualmente o en los casos en que se produzcan causas que incidan en el sistema que así lo aconsejen', sin que sus atribuciones alcancen, sin embargo, a la instauración de nuevos peajes como el que es objeto de este litigio. No cabe encuadrar el ahora debatido ni en la categoría de peajes por acceso a las instalaciones de regasificación ni en la de

peajes por el uso de las redes o instalaciones de transporte o de distribución. Con él se 'grava' la mera entrada de gas natural procedente de las conexiones internacionales, por gasoducto, que unen a España con otros países, europeos o extracomunitarios. El mecanismo previsto, aun con valor cero para el año 2009, permitiría diferenciar el importe del peaje en función del gasoducto utilizado y, en todo caso, supone la implantación de una carga económica exigida por la entrada en España de gas natural sin que haya mediado regasificación (no hay en este caso productos licuados que deban regasificarse) y sin que se hayan aún utilizado las redes internas de transporte o distribución a cuyo acceso por terceros se vincula la exigibilidad del peaje correspondiente. Como quiera que estos dos son los únicos autorizados por el Real Decreto 949/2001, no cabe añadir a ellos otro de naturaleza diferente mediante Orden ministerial. A lo expuesto debe añadirse que en la Orden recurrida ya se contempla un 'peaje de tránsito internacional' (no impugnado), que se calcula aplicando a los peajes de transporte y distribución ordinarios determinados coeficientes (se indican en una tabla adjunta del anexo) en función de los puntos de entrada y de salida del gas natural, incluidos los gasoductos de conexión internacional. La Comisión Nacional de Energía había advertido en su informe al proyecto de Orden las dificultades que suponía el posible solapamiento del peaje de tránsito internacional con el ahora objeto de litigio. Aduce en favor de su tesis el Abogado del Estado el apartado segundo del artículo 25 del Real Decreto 949/2001 a tenor del cual 'la estructura de tarifas, peajes y cánones podrá ser modificada en el futuro, si razones de optimización del sistema gasista, mercado o aplicación del desarrollo normativo de ámbito comunitario lo hacen aconsejable, por el procedimiento descrito en el apartado anterior'. No es posible, sin embargo, deducir de este precepto las consecuencias que el Abogado del Estado propugna pues, cualquiera que sea la interpretación que se quiera dar a la expresión -ciertamente ambigua- 'modificación de la estructura de peajes', aquel apartado no permite la creación ex novo de peajes por mera decisión ministerial -incluso precedida del acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos- sino tan sólo la variación en los parámetros o elementos significativos de los que el Real Decreto 949/2001 establece. La jerarquía normativa exige que las normas de rango inferior (una Orden ministerial, en este caso) se atengan a los mandatos y previsiones de las de rango superior (un Real Decreto, en este supuesto). Dado que el Gobierno, en cuanto titular de la potestad reglamentaria, ha hecho uso de ella para configurar por sí mismo, a través de un Real Decreto, cuáles han de ser los peajes exigibles por el uso de las instalaciones gasistas, habiéndolos circunscrito a dos, no puede el Ministro de Industria, Turismo y Comercio implantar mediante Orden otro peaje diferente de nueva creación, por más que sí esté habilitado para modificar los elementos cuantitativos y cualitativos de aquéllos. [...] Ha lugar, pues, a la estimación de la demanda y a la declaración de nulidad del punto número 2 del apartado segundo del anexo denominado 'peaje de descarga de buques y de entrada por conexiones internacional' que se incluye en la Orden ITC/1724/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas a partir de 1 de julio de 2009. En concreto, se anula la creación del 'peaje aplicable por la introducción de gas natural por las conexiones internacionales por gasoducto' (STS de 12 de noviembre de 2012 – RCA 24/2011-).

IX.4.5. Precios máximos de venta, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo envasados

“(…) la valoración jurídica de la Orden ITC/2608/2009 no puede sino abocar a su declaración de nulidad. Un sistema de determinación automática de precios máximos de venta de los GLP envasados que obliga a que los operadores los vendan a pérdidas durante un prolongado período de tiempo no se atiene a las normas legales que en teoría le prestan cobertura ni se revela como un instrumento adecuado para lograr la competencia en el sector, según aquellas mismas normas propugnan. Aunque esté inspirado en el bien intencionado designio de no cargar a los consumidores el incremento de precios derivado del alza de las cotizaciones internacionales de los gases derivados del petróleo importados, el sistema establecido en la Orden ITC/2608/2009 incide en los vicios que la Asociación recurrente denuncia en el cuarto de los epígrafes sustantivos de su demanda. La Orden, en efecto, no se atiene debidamente a la autorización que contiene la Disposición transitoria cuarta de la Ley 34/1998, de Hidrocarburos. A tenor de esta última, el régimen de fijación de precios máximos debía tener un carácter excepcional y transitorio, esto es, permanecería en tanto no se diesen las condiciones de "conurrencia y competencia en este mercado". Y lo que pretendía el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 15/1999 al complementar la Ley 34/1988 era precisamente acometer "medidas de liberalización, reforma estructural e incremento de la competencia en el sector de hidrocarburos". El Ministerio de Industria y Energía, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, podía sobre la base de aquellas habilitaciones legales establecer un sistema de fijación de precios ciertamente referido a "condiciones de estacionalidad en los mercados" (la estacionalidad no se identifica necesariamente con la volatilidad) pero no venía autorizado: A) A prescindir de los fundamentos económicos que rigen la formación de cualquier "precio" de venta al público de un producto, esto es, a imponer a los operadores del sector la venta a pérdidas de aquél durante períodos prolongados de tiempo. Sin perjuicio de los matices a los que ulteriormente nos referiremos, aun siendo un sector regulado, si el Estado trata de alentar en él la iniciativa empresarial (como afirma la exposición de motivos de la Ley de Hidrocarburos) no puede simultánea y contradictoriamente exigir que los suministros se hagan a precios que no cubran los costes a lo largo de períodos prolongados. B) A agravar, diez años después de la Ley 34/1998 y del Real Decreto-ley 15/1999 y en sentido contrario al designio del legislador, la situación de falta de competencia en el mercado. La encomienda al Gobierno para establecer los precios máximos de venta al público de los GLP envasados estaba ligada a dicho factor y las medidas sucesivas debían favorecer, y no perjudicar, el incremento de la competencia en este segmento del mercado, a menos que una nueva disposición con el rango adecuado (no una orden ministerial) dispusiera lo contrario. El establecimiento de un precio máximo inferior a los costes incurridos no propicia, obviamente, la incorporación de nuevos operadores, alternativos, en aquel mercado antes bien supone una barrera de entrada que la desincentiva. (...) En su contestación a la demanda el Abogado del Estado considera que las "razones para mantener el precio regulado" eran tres: "el alto grado de concentración" del sector, en el que cinco empresas suministradoras de GLP se reparten el mercado; el hecho de que se tratara de "un mercado en recesión" y la circunstancia de que se tratara de un "mercado social". Ninguna de ellas es, sin embargo, suficiente para justificar, en concreto, el establecimiento del precio máximo por debajo de costes que realiza la Orden ITC/2608/2009. A) En cuanto a la primera, no se combate precisamente un eventual oligopolio imponiendo al mercado nuevas barreras de entrada -como la fijación administrativa de precios en el sentido ya expuesto- que lógicamente disuaden a los eventuales competidores emergentes. B) En cuanto a la segunda, la progresiva disminución de ventas de los GLP envasados debida a diversas circunstancias (entre

ellas, el paralelo avance del suministro de gas natural) tampoco es razón para imponer a los operadores del sector, ya afectados por aquel decremento, márgenes negativos en sus ventas. C) En fin, la protección de los consumidores más débiles o vulnerables puede hacerse a través de instrumentos que no necesariamente impliquen para los operadores la venta a pérdidas del producto en todo caso, esto es, la venta a todos los usuarios sin restricciones, sean personas físicas o jurídicas y ejerzan o no actividades comerciales. De hecho, en el proyecto de Ley de modificación de la Ley 34/1998 para adaptarla a la Directiva 2009/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, el Gobierno ya había previsto la introducción de un bono social para "determinados consumidores" de GLP envasados en recipientes de capacidad igual o superior a 8 kg. e inferior a 20 Kg., esto es, a personas físicas "[...] que cumplan con las características sociales de consumo y poder adquisitivo que se determinen". Todo ello no significa que la instauración de un precio regulado fuese, en sí misma, contraria al ordenamiento jurídico. Pero deja de ser conforme a él cuando, por su contenido, la regulación del precio se hace en los términos que ya hemos rechazado. (...) En su momento esta Sala dispuso que las partes fueran oídas sobre la incidencia que en el objeto del litigio pudiera tener la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 20 de abril de 2010 en el asunto C-265/08, en la que se da respuesta a una cuestión prejudicial acerca de la interpretación de determinados artículos de la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (esto es, la Directiva anterior a, y derogada por, la Directiva 2009/73/CE antes citada). Aquel hecho junto con las vicisitudes de la denuncia interpuesta por la Asociación demandante ante la Comisión Europea contra el Reino de España ha retrasado el fallo del recurso más allá de lo que es habitual. La recurrente, en efecto, había invocado ante esta Sala las consideraciones por ella misma presentadas a la Comisión Europea, en las que atribuía a la Orden objeto del presente recurso contencioso-administrativo el incumplimiento de determinados preceptos del Derecho de la Unión Europea. Tales consideraciones -y la denuncia que las contenía- se formulaban precisamente para que la Comisión procediera a la incoación del procedimiento previsto en el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, esto es, a los efectos de que aquella institución comunitaria promoviese ante el Tribunal de Justicia un recurso jurisdiccional sobre la misma disposición (la Orden ITC/2608/2009) que era y es objeto del recurso directo interpuesto ante el Tribunal Supremo. En estas circunstancias, el hecho de que la Asociación recurrente alegara ante esta Sala que la Orden ITC/2608/2009 era contraria al Derecho de la Unión Europea y nos aportara junto con su escrito de 25 de mayo de 2011, como documento anexo, precisamente el texto de su denuncia ante la Comisión Europea, tal hecho, decimos, determinaba que al emitir el juicio abstracto de validez de la disposición impugnada no pudiéramos excluir el análisis de la eventual incompatibilidad de la Orden ITC/2608/2009 con el Derecho de la Unión. La Asociación recurrente, sin embargo, informó ulteriormente a la Sala que había retirado su denuncia, en los términos que hemos transcrito (antecedente de hecho número nueve). Previamente había puesto de relieve, en escrito asimismo dirigido a la Sala, que aquella denuncia no versaba sobre las normas de competencia comunitarias, sino tan sólo sobre la aplicación del artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La Asociación demandante reconocía en su escrito de 25 de mayo de 2011 que si esta Sala consideraba aplicable al caso de autos la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08) "la decisión judicial tendría que ser forzosamente anulatoria de la orden impugnada". Y añadía que dicha decisión debería "ir precedida

del planteamiento de la cuestión prejudicial al citado TJUE". Ulteriormente, sin embargo (escrito de 28 de septiembre de 2011, alegación tercera), defendió la "inviabilidad del planteamiento de la cuestión prejudicial", en términos no demasiado coherentes con los expuestos en su escrito de 25 de mayo de 2011. En todo caso, la Sala no estima necesario plantear una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de la Orden ITC/2608/2009 con los principios de los Tratados relativos a la libertad de establecimiento ni en relación con la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal de Justicia ya citada de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, Federutility y otros). Aunque referida a una Directiva que versa sobre el mercado interior del gas natural, aquella sentencia proporciona pautas interpretativas suficientes para, sin necesidad de otro reenvío prejudicial, extender su doctrina a la regulación pública de sectores próximos, como es el de los gases licuados del petróleo, cuando el mercado afectado (en este caso el español, en su conjunto) tiene dimensión comunitaria y ello a pesar de que en el momento temporal de referencia no existiera una directiva específicamente aplicable a los gases licuados del petróleo. (...) Recordaremos una vez más -ya lo hemos hecho en la sentencia de 7 de febrero de 2012, recurso 419/2010, en relación con el bono social en el sector eléctrico- cuáles son las pautas a las que sujeta el Tribunal de Justicia este género de intervenciones públicas sobre precios regulados de productos, en escenarios en los que -como aquí sucede- se trata de alcanzar progresivamente la liberalización completa del mercado. Por un lado, consideraciones relativas a los intereses económicos generales justifican esta modalidad de intervención, acorde con el artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Es legítimo en principio que el precio del suministro al consumidor final se mantenga "en un nivel razonable" a fin de proteger a aquél (apartado 32 de la sentencia de 20 de abril de 2010). Ya hemos concluido, sin embargo, que no puede admitirse como "razonable" un precio regulado que impone a los suministradores la venta a pérdidas durante un período prolongado de tiempo. Las normas que establecen una obligación de servicio público de esta naturaleza a los operadores del sector están sujetas, además, al respeto del principio de proporcionalidad (parágrafos 33 a 43 de la misma sentencia), uno de cuyos corolarios es precisamente que las intervenciones públicas de este género deben "[...] limitarse, por lo que atañe a su duración, a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo que persigue", de modo que no se "perpetúe una medida que, por su propia naturaleza, constituye un obstáculo a la realización de un mercado interior". En el caso de que nos ocupa la "perpetuación" de la medida se agrava en el tiempo, años después de la entrada en vigor de Ley de Hidrocarburos, mediante la fórmula de cálculo que la Orden ITC/2608/2009 establece sine die y en condiciones más adversas para la introducción de la competencia en el sector que las contenidas en Órdenes precedentes, objetivo este último al que debería tender. La fórmula de cálculo se sigue manteniendo hasta fechas recientes, como se observa en la resolución de 26 de marzo de 2012, de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se publican los nuevos precios máximos de venta, antes de impuestos, de los gases licuados del petróleo envasados, en envases de capacidad igual o superior a 8 kg. con base en la Orden ITC/2608/2009. Junto a la limitación temporal, una de las pautas rectoras de la fijación de precios regulados del gas natural que permite la sentencia del Tribunal de Justicia es que la posibilidad de limitar la repercusión del alza de precios de los productos petrolíferos en los mercados internacionales se valore "tomando en consideración particularmente el objetivo del establecimiento de un mercado interior del gas plenamente operativo y las inversiones necesarias para ejercer una competencia efectiva en el sector del gas natural". Aun cuando, repetimos, en el caso de autos las circunstancias de un mercado (el del gas natural) y otro (el de los gases licuados) no sean las mismas, como tampoco lo son las

normas nacionales italianas sobre las que versó la cuestión prejudicial respecto de la española objeto del presente litigio, la referencia a aquellas consideraciones tampoco debe omitirse en éste. Y ya hemos apreciado cómo la Orden ITC/2608/2009 va precisamente en el sentido contrario a ellas. En fin, para la fijación de los precios regulados por la Administración, dentro de un sector regido tendencialmente por el principio de liberalización como es el del gas, natural o licuado, resulta relevante la diferente situación de los clientes domésticos y de las empresas usuarias del gas (y aun dentro de éstas las diferencias objetivas en función de sus dimensiones) en cuanto factor que debe contemplarse "al apreciar la proporcionalidad de la medida nacional", lo que no hace la Orden impugnada. (...) La conclusión de cuanto se deja expuesto es que debemos declarar no conforme al ordenamiento jurídico la Orden impugnada, único objeto del litigio. No podemos acoger, sin embargo, del modo en que se interesa, la pretensión indiscriminada de que declaremos la nulidad de cualesquiera "actos posteriores dictados en ejecución o cumplimiento de aquélla". Dicha pretensión, en los términos generales en que viene planteada, no se corresponde con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley Jurisdiccional en cuanto a la eventual subsistencia de actos administrativos firmes (aun cuando susceptibles de procedimientos de revisión) y no tiene, sobre todo, debidamente en cuenta que el enjuiciamiento de aquellos actos corresponderá, en su caso y en función de su procedencia administrativa, a los órganos jurisdiccionales que sean competentes" (STS de 19 de junio de 2012 –RCA 110/2009-).

IX.4.6. Real Decreto 1716/2004, de 23 de julio, por el que se regula la obligación de mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, la diversificación de abastecimiento de gas natural y la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (CORES)

“hemos de analizar separadamente cada una de estas cuestiones, esto es, primeramente, el precepto que declara que los ingresos por cuotas han de considerarse de naturaleza privada, para después examinar el precepto que declara la competencia de la jurisdicción civil para su reclamación. (...) atendiendo a la regulación legal de los costes previstos por CORES -tanto los que generan la constitución, almacenamiento y conservación de las existencias estratégicas de cada grupo así como el coste de de las demás actividades- y fundamentalmente, tomando en consideración que la obligación nace de la Ley y no en virtud de un contrato entre las partes y con arreglo a la doctrina de la STC 185/90, las cuotas debían calificarse como ingresos de Derecho Público. (...) habiendo mantenido esta Sala que la obligación de financiar los costes previstos por CORES, a los que ahora se refiere el artículo 25 del Real Decreto impugnado, se configura como una prestación patrimonial que se impone al sector petrolero, encuadrada en el artículo 31.3 CE, esto es, como ingreso público, la declaración contenida en el artículo 3 del Real Decreto impugnado que, contra lo expresamente declarado en nuestros pronunciamientos las califica, sin ningún apoyo jurídico válido, como ingresos de derecho privado, no resulta ajustada a derecho. No cabe admitir la inclusión de dicha calificación en el precepto del Real Decreto que ahora se cuestiona pues, como indicamos, contradice frontalmente nuestra jurisprudencia en la que manejamos las pautas y criterios que la jurisprudencia constitucional ha establecido para la caracterización de los ingresos públicos o privados, siendo, por lo demás, relevante -y esencial a estos efectos- la naturaleza pública de la relación que da origen al ingreso. (...) Es indiferente, a los efectos debatidos, que no exista una definición normativa de la naturaleza de los ingresos -salvo el precepto analizado- pues, con

independencia de su configuración formal, aquella ha de determinarse en atención a sus aspectos sustantivos con arreglo a la norma constitucional (artículo 31.3 CE) y a los criterios y pautas generales admitidos e interpretados por la jurisprudencia de esta Sala y la jurisprudencia constitucional (por todas STC 185/1995, de 14 de diciembre.) Por lo demás, como ya se dijo en la Sentencia de esta Sala Tercera, la circunstancia de que la norma no contemple el acceso al apremio para el cobro de las cuotas no es decisiva para su consideración como ingreso privado, pues -como luego se dirá- tal silencio no impide que al tratarse de un mecanismo de ejecución de las prestaciones públicas, el apremio pueda derivarse como un elemento propio del procedimiento de ejecución de este tipo de prestaciones. Y tampoco la declaración de que la Corporación Derecho Público, CORES, a la que se le conceden poderes de intervención propios de un ente instrumental del Estado para el ejercicio de una importante función pública, actúa en régimen de derecho privado altera el carácter de las cuotas, pues dicha manifestación se refiere a lo que constituye el tráfico general de dicha Corporación, pero no llega a alcanzar a la determinación de la naturaleza de las cuotas debatidas. Las anteriores consideraciones nos llevan pues, a declarar la nulidad del artículo tercero del Real Decreto 1766/2007, de 28 de diciembre, que modifica el apartado cuarto del artículo 25 del Real Decreto 1716/2004 impugnado, en cuanto declara que "las cuotas referidas en los apartados anteriores tendrán la naturaleza de ingresos privados".(...) Nos corresponde abordar seguidamente el segundo de los aspectos del primero de los preceptos impugnados, artículo 25, que a partir de la anterior declaración de que las cuotas de CORES tendrán la naturaleza de los ingresos de derecho privado, dispone que "su impago será reclamado mediante el ejercicio de las acciones que correspondan, exclusivamente ante los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil". En la misma línea el segundo de los artículos que se recurren, la nueva versión del artículo 27, establece, tras la advertencia de las posibles sanciones a los obligados al pago, que "todo ello sin perjuicio del ejercicio de las acciones ante la jurisdicción civil que correspondan encaminadas al cobro de las cantidades adeudadas a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos." Sobre la vía jurisdiccional adecuada para la reclamación a los sujetos obligados al pago de las cuotas correspondientes a las existencias estratégicas de productos petrolíferos y los costes de CORES se pronuncia la Sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo a la que hemos hecho alusión, reconociendo la competencia de la jurisdicción civil. Pero es necesario precisar las siguientes matizaciones respecto a lo entonces declarado; es de advertir, por un lado, que este pronunciamiento admite la competencia de la jurisdicción civil en lo que se refiere a la reclamación de las cuotas por parte de CORES a los sujetos obligados al pago. Además, la mencionada sentencia parte de la premisa de la inexistencia de mecanismos de ejecución forzosa en el ámbito administrativo por disposición del titular de la potestad reglamentaria, basándose para ello en nuestra Sentencia y fundamentalmente, en el precepto reglamentario que ahora analizamos que remite la ejecución a la jurisdicción civil. Y, finalmente, son importantes los términos en los que se declara la competencia de la jurisdicción civil, pues entiende la Sala Primera que la interpretación del artículo 9.2 LOPJ conforme a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 CE, le lleva a admitir la competencia de la jurisdicción civil cuando -y esto es lo relevante- el titular de la potestad reglamentaria ha excluido la competencia de la Administración para ejecutarlas- precisamente en virtud del precepto que ahora analizamos- y dado que a los tribunales del orden civil se le atribuye una jurisdicción residual -subraya la Sala Primera- "de las materias que le son propias". Consideramos, pues, que atendiendo a lo previamente expuesto, la determinación de la jurisdicción civil como la única competente para el ejercicio de las acciones, que se

indica en los nuevos artículos 25 y 27 en la redacción dada por el Real Decreto impugnado, no resulta ajustada a derecho. Como es sabido, las normas que delimitan la competencia jurisdiccional son de orden público, sin que puedan modificarse las disposiciones reglamentarias. Y siendo, como antes hemos razonado, las cuotas de CORES ingresos de Derecho Público, corresponde, de forma coherente, derivada de la anterior configuración, que dichos ingresos públicos puedan ser reclamados por vía de apremio, en cuanto constituye la vía adecuada en el procedimiento de ejecución de las prestaciones públicas. Por tal razón, podría eventualmente una norma con rango de ley modificar este concreto aspecto procedimental, pero entendemos que la declaración contenida en los preceptos del reglamento impugnados que, tras definir las cuotas como ingresos privados, atribuye en exclusiva la competencia para su reclamación a la jurisdicción civil carece de fundamento suficiente atendidas las específicas circunstancias expuestas, lo que conlleva la declaración de nulidad” (STS de 1 de febrero de 2011 –RC 263/2010-).

IX.4.7. Transmisión de la titularidad de las instalaciones de distribución ubicadas en la Comunidad de Madrid sin autorización administrativa. Improcedencia de la sanción impuesta

“(…) el tenor literal del artículo 73.2 de la Ley del Sector de Hidrocarburos en su texto original, vigente en el momento de ser sancionada la recurrente, dice lo que sigue: "Artículo 73. Autorización de instalaciones de distribución de gas natural. [...] 2. Estarán sujetas a autorización administrativa previa, en los términos establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, la construcción, modificación, explotación y cierre de las instalaciones de distribución de gas natural con independencia de su destino o uso. La transmisión de estas instalaciones deberá ser comunicada a la autoridad concedente de la autorización original. La autorización administrativa de cierre de una instalación podrá imponer a su titular la obligación de proceder a su desmantelamiento." Esta redacción original distingue de manera taxativa en dos distintos párrafos la construcción, modificación, explotación y cierre de las instalaciones de distribución de gas, sujetas a autorización administrativa (primer párrafo), y la transmisión, necesitada simplemente de "comunicación a la autoridad concedente de la autorización original" (segundo párrafo). Y frente a semejante regulación absolutamente meridiana no puede sostenerse, como hace la Administración de la Comunidad de Madrid, la existencia de un principio general de autorización ni que la comunicación sea exigible precisamente a los efectos de la autorización de la transmisión por parte de la administración concedente, pues tal interpretación choca con la literal regulación que se ha reproducido. No puede en modo alguno construirse un principio interpretativo, como lo sería una regla general de autorizaciones, en contra de lo que expresamente se establece en una ley formal. Tampoco sirve para desvirtuar la previsión legal de que la transmisión de instalaciones de distribución de gas estaba sujeta originalmente sólo a comunicación a la administración concedente, el que los artículos 86 y 87 del Real Decreto 1434/2002, que regulan la solicitud y tramitación de las autorizaciones para las distintas actuaciones sobre las instalaciones de gas, incluya también como sujeta a autorización la transmisión de las mismas, sin ninguna distinción. A tenor de lo dispuesto en el referido artículo 73.2 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, la única conclusión posible es que la exigencia de autorización contemplada en el citado precepto reglamentario en ningún caso resultaba aplicable a las instalaciones de distribución de gas natural, que sólo quedaban sometidas a la exigencia de comunicación a la autoridad concedente de la autorización original. Lo anterior resulta confirmado, tal como argumenta la parte recurrente, por la reforma del referido párrafo

segundo del artículo 73.2 de la Ley del Sector de Hidrocarburos operada por 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, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, que ahora reza "la transmisión de estas instalaciones deberá ser autorizada por la Administración competente". Con ello se pone fin a la antinomia reseñada en relación con las instalaciones de distribución de gas natural. Pero, como es evidente, dicha reforma es posterior a los hechos contemplados en la resolución sancionadora, de 16 de mayo de 2006, confirmada por la de 12 de julio del mismo año. La constatación de que el precepto reglamentario en el que se ha basado la Comunidad de Madrid para imponer la sanción litigiosa por no haber obtenido la autorización de la transmisión de las instalaciones de distribución de gas natural afectadas no resultaba aplicable a las dichas instalaciones es suficiente para estimar el recurso de casación sin necesidad de examinar los restantes argumentos y motivos del recurso de casación" (STS de 27 de noviembre de 2012 –RC 3345/2009-).

- X. Fomento: carreteras
 - X.1. Cuestiones generales
 - X.1.1. Clases: carretera estatal: concepto
 - X.1.2. Intereses en juego y discrecionalidad administrativa en la construcción de infraestructuras
 - X.1.2.1. Prevalencia del interés público
 - X.1.2.2. Potestad administrativa de planificación
 - X.1.2.3. Discrecionalidad administrativa en la elección de las posibles soluciones de las infraestructuras viarias
 - X.2. Procedimiento de aprobación
 - X.2.1. Estudio informativo
 - X.2.1.1. Contenido
 - X.2.1.2. Naturaleza y función de la audiencia a las entidades locales
 - X.2.1.3. Las solicitudes de los Ayuntamientos no exigen la tramitación de un procedimiento autónomo
 - X.2.1.4. Autonomía del Ministerio de Fomento
 - X.2.1.5. Remisión del expediente al Consejo de Ministros
 - Finalidad de la remisión
 - Supuestos en que procede
 - X.2.1.6. Repetición parcial de los trámites de información pública y evaluación de impacto
 - X.2.2. Proyecto
 - X.2.2.1. Información pública
 - X.2.2.2. Consulta previa a la Comisión Europea
 - X.2.2.3. Función de la consulta previa a la Comisión Europea
 - X.3. Autorizaciones en materia de carreteras: para obras y otros usos
 - X.4. Accesos
 - X.5. Medidas de protección de las carreteras
 - X.5.1. Paralización de las obras y suspensión de usos no autorizados
 - X.5.2. No procede
 - X.6. Patrimonio histórico y medidas de fomento: uno por ciento cultural
 - X.6.1. Naturaleza
 - X.6.2. Eficacia de los acuerdos de la Comisión Mixta Interministerial
 - X.6.3. Derechos de los Ayuntamientos solicitantes y obligación de la Comisión Mixta de resolver las solicitudes
 - X.6.4. Requisitos de las solicitudes

X. Fomento: carreteras

X.1. Cuestiones generales

X.1.1. Clases: carretera estatal: concepto

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3), de 17 marzo 2009 Recurso de Casación núm. 4672/2006.

El segundo motivo de casación, que denuncia que la sentencia recurrida infringe el artículo 4 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, por no reconocer el carácter estatal del anillo viario controvertido, no puede ser acogido, puesto que consideramos que la Sala de instancia acierta al fundar la desestimación de la pretensión declarativa, con base en la falta de acreditación en el proceso de que concurrieran los presupuestos fácticos y jurídicos establecidos en dicha disposición legal y por no estar incluida en el Catálogo de Carreteras de la red de interés general del Estado, que figura en el Anexo, modificado por Real Decreto 1052/1995, de 23 de junio, y por Real Decreto 144/2002, de 27 de diciembre SIC .

[...] Debe significarse que la calificación de una carretera de estatal, en aplicación del artículo 4 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, interpretado a la luz de los artículos 148.1.5 y 149.1.13, 21 y 24 de la Constitución, que viene referida a estar integrada en un itinerario de interés general o cuya función en el sistema de transporte afecte a más de una Comunidad Autónoma, constituyendo la Red de Carreteras del Estado, que implica la determinación de su titularidad a efectos competenciales, no permite eludir el régimen jurídico de las actividades y funciones de planificación, estudios, proyectos y ejecución de las obras de infraestructuras viarias, que habilita a las Administraciones a ejercer en el marco de sus competencias potestades de ordenación del sistema viario, atendiendo a razones de interés público y a factores presupuestarios, sin que, por tanto, los particulares, o como en este supuesto, las Entidades Urbanísticas Colaboradoras, dispongan de una acción para imponer a la Administración la ejecución material de obras viarias, al margen de la voluntad plasmada en la aprobación de las correspondientes normas legislativas o reglamentarias, o de los concretos planes y programas de actuaciones de carreteras.

X.1.2. Intereses en juego y discrecionalidad administrativa en la construcción de infraestructuras

X.1.2.1. Prevalencia del interés público sobre el de los particulares concesionarios para la construcción de nuevas infraestructuras viarias. STS de 12 de febrero de 2009 (RC 857/2006).

El Gobierno, pues, habrá de ponderar si existen razones de interés público que aconsejen acometer la realización de la nueva infraestructura viaria cuando ésta implique de modo necesario la modificación del régimen económico-financiero de la concesión de la autopista. En el caso de autos la recurrente se limitó a exponer ante la Administración del Estado cómo, a su juicio, tal modificación se producía pues, según repetirá ulteriormente una y otra vez, el nuevo enlace propiciaba que se eludiera el peaje de Martorell de la concesión unificada, con la subsiguiente disminución de sus ingresos. La respuesta del Ministerio de Fomento fue que, pese a todo, optaba por la alternativa elegida sin descartar que ello produjera "interferencias" en el régimen concesional en cuya virtud se habría de decidir "si es necesaria o no la modificación de la concesión". Ello implica reconocer que la competencia final para proceder a tal modificación, una vez precisada con todo detalle la solución final del nuevo enlace y constatada, en su caso, la ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesionaria, correspondía al

Gobierno que en definitiva habría de evaluar si resultaban compensados el interés general inherente a toda mejora de las infraestructuras y el interés de la empresa explotadora de la autopista.

X.1.2.2. Potestad administrativa de planificación de carreteras e infraestructuras de ferrocarril. STS de 28 de septiembre de 2012 (RC 4138/2003)

La discrecionalidad en función de "interés público" aconsejable, no supone más que una facultad al servicio de un "interés común" prevalente cuya valoración se atribuye a la Administración, con una "discrecionalidad" racional, en cuanto ha de tener expresión a través de "interés público que lo aconseje".

[A]rt. 25.1.e) del Reglamento de la Ley de Carreteras de "opción más recomendable" en la elección de las varias posibles para el Estudio Informativo, dotan a su decisión de una cierta presunción en favor de su juicio, que debemos entender realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y de criterios políticos, de modo que únicamente podrán ser considerados contrarios al ordenamiento jurídico cuando se demostrare que han incurrido en error o la arbitrariedad.

X.1.2.3. Discrecionalidad administrativa en la elección de las posibles soluciones de las infraestructuras viarias. Concepto de «opción más recomendable» para elegir el trazado ferroviario. STS de 3 de octubre de 2011 (RC 146/2009). Reiterada en STS de 26 de enero de 2012 (RC 1182/2009).

Finalmente, es verdad que la Sentencia impugnada comienza hablando sobre la existencia de una única solución adecuada para aplicar el concepto jurídico indeterminado de cuál pudiera ser la opción más recomendable y acaba por justificar la legalidad de la decisión administrativa impugnada en su carácter motivado, razonable y no arbitrario. Sin embargo, no por eso comete la Sala de instancia ninguna infracción de legalidad. En efecto, como hemos dicho ya en varias ocasiones, es difícil circunscribir un concepto jurídico indeterminado de manera taxativa a una única solución adecuada, por mucho que así se haya sostenido en resoluciones judiciales previas de la Sala de instancia o, también, en la literatura académica. Cuando la Administración ha de adoptar una resolución en la que debe tener en cuenta una multiplicidad de factores de gran complejidad, como es el caso, resulta imposible concebir que se pueda determinar una única solución. En el caso de autos, en el que se trata de una decisión sobre un trayecto ferroviario en el que se involucran factores económicos de distinto orden, poblacionales, medioambientales y otros, la Administración puede llegar legítimamente a diversas soluciones posibles entre las que habrá de decidir de manera razonable y justificada, pero con una inevitable discrecionalidad. Pues no de otra manera puede calificarse la necesidad de adoptar una decisión entre varias posibles y todas ellas económica y técnicamente razonables y defendibles, para lo que la Administración habrá de ponderar qué aspecto es más conveniente tomar más en consideración en el caso concreto, aspecto que puede variar según el momento en que se adopte. Así, en un momento de crisis económica podrá tener más en cuenta la escasez de recursos y en otro momento podrá ser la mayor rapidez del trayecto a escoger. Son decisiones complejas en las que resulta inviable afirmar que sólo existe una única solución, cuando la

decisión comienza por convenir qué elementos se toman en consideración y en qué medida cada uno, y cuando cada una de tales fases de la decisión es discutible y sobre ellas puede haber posiciones técnicas, económicas y políticas divergentes, todas ellas defendibles.

X.2. Procedimiento de aprobación

X.2.1. Estudio informativo

X.2.1.1. Contenido. STS de 20 de diciembre de 2012 (RC 4139/2009)

El segundo motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 7.1 c) de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras , no puede prosperar, en cuanto que de la exigencia que se desprende de esta disposición legal de que el estudio informativo debe definir, en líneas generales, el trazado de la carretera, no se infiere que deba declararse la nulidad del estudio informativo EI-1-PO-20 «Autovía A-57: Pontevedra-Conexión A-52», por no contemplar la definición del enlace del p.k. 6+000 con la N-550, ya que no apreciamos que dicha deficiencia técnica revista la sustancialidad requerida para contravenir la concepción global del trazado de la Autovía proyectada, teniendo en cuenta que el estudio informativo se complementa con las prescripciones contenidas en el Anteproyecto, el Proyecto de Construcción y el Proyecto de trazado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 d), e) y f) de la mencionada Ley de Carreteras .

En efecto, descartamos que la decisión de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional al resolver que el estudio informativo EI-1-PO-20 «Autovía A-57: Pontevedra-Conexión A-52» cumple los presupuestos expuestos en el artículo 7.1 c) de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras , contradiga la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las invocadas sentencias de 30 de marzo de 2004 (RC 159/2000), de 24 de octubre de 2007 (RC 8663/2993) y de 26 de septiembre de 2008 (RC 260/2006), puesto que no se desprende que se produzca infracción del artículo 25 del Reglamento General de Carreteras , en relación con la aprobación de estudios informativos que contengan algún elemento de indefinición del trazado en un concreto punto kilométrico, ya que no cabe eludir que «el estudio informativo constituye una fase procedimental preliminar vinculada a la fase del proyecto del trazado de la carretera de carácter sustancial, que se incardina en el complejo iter procedimental que debe seguirse en la construcción de una carretera estatal, que integra las fases de planificación, proyección y construcción, y que se formaliza a través de la aprobación de forma consecutiva de diversos documentos complementarios».

X.2.1.2. Naturaleza y función de la audiencia a las entidades locales. STS de 28 de septiembre de 2012 (RC 4138/2003)

El artículo 10 de la Ley 25/1988 establece un procedimiento administrativo reglado para

la construcción de carreteras, en el seno del cual las Administraciones Públicas afectadas -en concreto, las Corporaciones Locales- pueden exponer cuanto tengan por conveniente bien sobre el trazado propuesto (a los efectos de evaluar si es el más adecuado para su localidad) bien sobre cualquier otro aspecto del proyecto sujeto a estudio, incluidos el señalamiento de sus deficiencias o errores o las sugerencias de mejora. En algunos casos dichas alegaciones podrán determinar cambios sobre la propuesta inicial que se plasmarán en la aprobación definitiva del estudio informativo, pues conllevará una modificación de los términos de la aprobación provisional (artículo 32.4 del Reglamento de la Ley). En otros supuestos, por el contrario, si aquellas alegaciones afectan tan sólo a extremos más detallados que formarán parte del ulterior proyecto constructivo, deberán ser examinadas y resueltas en el seno de los trámites de aprobación del proyecto de ejecución, lo que explica que el Estudio Informativo ha tratado determinados aspectos -como los relativos a las zonas de ubicación de canteras, vertederos, medidas correctoras y protectoras, o la correspondiente afección hidrológica y de drenaje, reposición de caminos o los servicios afectados- en términos más generales a la par que de forma más breve.

El hecho de que el artículo 10 de la Ley 25/1998, de 29 de julio, y el artículo 34.1 de su Reglamento de desarrollo dispongan que las observaciones en este trámite deberán versar sobre las circunstancias que justifiquen la declaración de interés general de la carretera y sobre la concepción global de su trazado, es congruente con la naturaleza misma de los estudios informativos provisionalmente aprobados, en los que se contienen diversas alternativas globales de trazado y se propone la opción por alguna de ellas. La aprobación definitiva de este último podrá, por su parte, aceptarlas o no y recoger o rechazar las sugerencias correspondientes o deferir a la fase de ejecución, si preciso fuera, las obras cuya realización se inste para subsanar las supuestas deficiencias, y así lo hemos expresado en multitud de ocasiones.

X.2.1.3. Las solicitudes de los Ayuntamientos no exigen la tramitación de un procedimiento autónomo. STS de 20 de abril de 2011 (RC 5192/2008). Reitera STS de 5 de noviembre de 2008 (RC 1496/2006).

Abiertos los trámites de información 'oficial' e información pública de los estudios informativos, los escritos de las Corporaciones Locales dirigidos al Ministerio de Fomento y relacionados con los supuestos errores o deficiencias de aquéllos necesariamente se insertan en y forman parte del procedimiento de aprobación definitiva de dichos estudios (o, en su caso, dependiendo de su contenido, de los ulteriores proyectos de ejecución).

[...] Sentado lo anterior, es oportuno acometer conjuntamente el análisis de los tres siguientes motivos de casación en los que se imputa a la Sala la vulneración de diversos preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siempre sobre la base de que la Administración debió incoar un procedimiento autónomo para resolver la 'solicitud' del Ayuntamiento recurrente. Como quiera que hemos rechazado esta premisa, los tres motivos serán asimismo desestimados.

A) En efecto, frente a la acusación de que la Sala vulnera los 'artículos 68 [...] 70 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre' al admitir que la Administración no llegara a incoar un procedimiento singular a instancia del Ayuntamiento, baste reiterar

lo ya expuesto. La Ley 30/1992 no obliga -repetimos- a incoar múltiples procedimientos, consecutivos a las solicitudes de los interesados, cuando en relación con la construcción de una autopista como la de autos la Administración se atiene a las prescripciones más específicas de la Ley 25/1998, de Carreteras, y del Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, que la desarrolla, poniendo en marcha los trámites exigibles desde la aprobación provisional a la aprobación definitiva de los estudios informativos.

Como también expresábamos en la sentencia de 8 de abril de 2008 haciendo nuestra la tesis de instancia, 'carecería de sentido jurídico que, una vez incoado el procedimiento específicamente previsto y diseñado para permitir la participación de personas particulares y de entes públicos afectados o interesados, tuvieran que abrirse tantos nuevos procedimientos como personas (físicas o jurídicas, públicas o privadas) estuvieran afectadas o interesadas en el proyecto y discreparen del contenido [...] del Estudio Informativo'.

B) No se vulneran tampoco los artículos 42.1º (obligación de resolver) y 89.1 y 2 (contenido de la resolución final) de la Ley 30/1992, pues en este caso existió una resolución expresa de inadmisión, dictada por el Ministerio de Fomento. La obligación de resolver de forma expresa puede cumplirse tanto si se entra en el fondo de la pretensión deducida en vía administrativa como si se inadmite ésta, por las razones que la propia Administración exponga de forma motivada. Y uno de los contenidos posibles de la resolución administrativa a los que se refiere el artículo 89 citado es, precisamente, el que rechaza la tramitación de un procedimiento singular por entender que el aplicable a las alegaciones correspondientes es el previsto en la legislación sectorial de carreteras.

C) En fin, no se produce la infracción de los principios generales que rigen la actividad administrativa (artículo 3.1 y 2 de la Ley 30/1992) o las relaciones entre Administraciones Públicas (artículo 4.1 de la Ley 30/1992) cuando la Administración del Estado remite al cauce legal prefijado a estos efectos la solución de las discrepancias que la Corporación Local pudiera tener con el contenido del estudio informativo de una autopista que transcurre por su término municipal."

X.2.1.4. Autonomía del Ministerio de Fomento para decidir sobre el trazado pese a las alegaciones de los Ayuntamientos. STS de 20 de abril de 2011 (RC 5192/2008).

La objetividad en el servicio a los intereses generales y el respeto de los principios aplicables a las relaciones interadministrativas no implican que la Administración competente para definir el trazado de la línea de alta velocidad (en este supuesto el Ministerio de Fomento) tengan que atenerse a las propuestas -eventualmente incompatibles entre sí- de los muy numerosos Ayuntamientos afectados por aquella infraestructura. La garantía de la audiencia de éstos -reforzada, en su caso, a través de un mecanismo de solución de discrepancias que compete al Consejo de Ministros- no puede confundirse con la aceptación de sus propuestas singulares.

X.2.1.5. Remisión del expediente al Consejo de Ministros tras las alegaciones de las entidades locales.

- **Finalidad de la remisión.** STS de 28 de septiembre del 2012 (RC 4138/2003)

La intervención del Consejo de Ministros, a que alude el segundo inciso del artículo 10.1 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, se requiere para articular la

necesaria coordinación de la competencia estatal en materia de planificación y proyección de carreteras estatales con la competencia de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos en materia de planificación urbanística, y se produce una vez aprobado definitivamente el Estudio Informativo por el Ministerio de Fomento, teniendo como finalidad no la de alterar el trazado en la forma aprobada, sino la resolución de si procede ejecutar el proyecto y, en consecuencia, ordenar la modificación o revisión del planeamiento urbanístico del municipio afectado.

- **Supuestos en que procede.** STS de 22 de septiembre de 2009 (RC 889/2007).

El primer motivo de casación, fundado en la competencia del Consejo de Ministros para aprobar definitivamente el estudio informativo del proyecto «Corredor Mediterráneo de alta velocidad. Tramo Murcia-Almería», considerado, no puede ser acogido, pues entendemos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación razonable del artículo 10 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, al sostener que cabe distinguir en el procedimiento de aprobación de proyectos de construcción de infraestructuras la información oficial, a que alude el apartado primero de la disposición legal analizada, de la información pública, a la que se refiere el apartado cuarto, de modo que sólo procede elevar el expediente al Consejo de Ministros cuando las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales afectadas muestren su disconformidad con el trazado proyectado en el estudio informativo, con base en la «incompatibilidad con las determinaciones del planeamiento urbanístico vigente», de modo que la decisión gubernamental conlleva la orden de modificación o revisión de los instrumentos de planeamiento.

X.2.1.6. Repetición parcial de los trámites de información pública y evaluación de impacto en los estudios informativos cuando el trazado sufre modificaciones sustanciales. STS de 1 de julio de 2009 (RC 381/2007).

Así las cosas, no discutiendo en realidad el Abogado del Estado el carácter sustancial de las modificaciones del trazado, la única alegación que subsiste es la relativa a si, con carácter general, cabe la repetición parcial de los trámites de información pública y evaluación de impacto en los estudios informativos referentes a proyectos de grandes infraestructuras ferroviarias como el de autos.

[...] No existen, pues, objeciones legales que impidan reiterar, para un determinado tramo de la línea prevista, el estudio informativo y someterlo a nueva información pública cuando se pretenda introducir modificaciones sustanciales sobre el primitivo proyecto respecto de las cuales no ha existido la previa evaluación de impacto ambiental ni han sido oídos -a través de aquel trámite- los afectados por dichos cambios sustanciales en el trazado originario. Más en concreto, ni el artículo 10.4 de la Ley de Carreteras ni el 34 del Reglamento General de Carreteras (aprobado por el Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre) se vulneran por el hecho de que, ante cambios debidamente calificados de modificaciones sustanciales del trazado incluido en el proyecto originario, se proceda a la redacción de un nuevo estudio informativo, en su caso de carácter parcial, sujeto a los mismos procedimientos de publicidad previstos en aquellos preceptos.

X.2.2. Proyecto

X.2.2.1. Información Pública: no es necesaria al estar previsto dicho trámite para el estudio Informativo. STS de 15 de noviembre de 2012 (RC 3922/2009)

Al respecto, cabe poner de relieve que la Sala de instancia no infringe el invocado artículo 34.3 del Reglamento General de Carreteras, que, en el marco de la regulación de la «tramitación de la información pública», estipula que «el tipo de estudio objeto de dicho trámite será el estudio informativo», y que establece que «no obstante, en el caso en que, siendo necesario un estudio informativo, las circunstancias concurrentes aconsejen que su función se asuma por un anteproyecto, proyecto de trazado o de construcción, éste se someterá a información pública en la misma forma y con el mismo régimen jurídico que si de un estudio informativo se tratara», pues el pronunciamiento relativo a que no procede someter a información pública el Proyecto de Construcción se fundamenta en que no concurren los presupuestos que determinan la aplicación del procedimiento específico establecido en dicha disposición reglamentaria, ya que no cabe apreciar que el proyecto de construcción de la línea de alta velocidad en el tramo controvertido asuma las funciones que corresponden al estudio informativo.

X.2.2.2. Obligación de consulta previa a la Comisión Europea en caso de afectar a zonas de especial valor medioambiental: su omisión determina la nulidad del procedimiento. STS de 14 de febrero de 2011 (RC 1511/2008).

En efecto, compartimos el criterio de la Sala de instancia de que en el artículo 6.4 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, cabe distinguir dos supuestos diferenciados respecto del cumplimiento del deber de información a la Comisión Europea, a los efectos de que sea autorizado un proyecto que incida negativamente sobre zonas especiales de conservación. El primer supuesto contemplado en la norma comunitaria europea se refiere a que deban adoptarse medidas compensatorias apropiadas para garantizar la coherencia global medioambiental, en cuyo caso, se deben comunicar a las autoridades comunitarias. El segundo supuesto es el relativo a cuando se trate de lugares cualificados por albergar un tipo de hábitat natural prioritario y/o una especie prioritaria, en que es necesaria la previa consulta a la Comisión Europea si se aducen «otras razones imperiosas de interés público de primer orden», que no versen sobre circunstancias relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente.

Y de ello, se desprende la conclusión jurídica de que en el supuesto enjuiciado, en razón de las características medioambientales específicas del lugar donde se proyecta la actuación pública, que alberga tipos de hábitats naturales prioritarios y especies prioritarias, no era posible que el Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobase el proyecto de "Duplicación de calzada de la carretera M-501. Tramo M-522 a Navas del Rey", sin su sometimiento a la previa consulta de la Comisión Europea, en cumplimiento del referido artículo 6.4 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.

X.2.2.3. Función de la consulta previa a la Comisión Europea. STS de 14 de febrero de 2011 (RC 1511/2008).

Asimismo, constatamos que la sentencia recurrida se revela acorde con el principio de interpretación del ordenamiento estatal conforme al Derecho de la Unión Europea, pues el pronunciamiento referido a la exigencia de consulta previa a la Comisión Europea se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia expuesta en las sentencias de 2 de agosto de 1993 (C-355/90), 7 de septiembre de 2004 (C-127/02), y de 26 de octubre de 2006 (C-239/04), que refieren que el artículo 6 de la Directiva 92/43 , establece un procedimiento de evaluación medioambiental destinado a garantizar, con la ayuda de un control previo, que únicamente se autorice un plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a este último, y, en cuanto a los lugares que pueden clasificarse como lugares de importancia comunitaria, que figuran en las listas nacionales remitidas a la Comisión, y, en especial, a los lugares en los que existen tipos de hábitats naturales prioritarios o especies prioritarias los Estados miembros están obligados a adoptar, en virtud de la Directiva, medidas de protección apropiadas, visto el objetivo de conservación perseguido por la Directiva, para proteger el interés ecológicos pertinente que dichos lugares tienen a nivel nacional.

X.3. Autorizaciones en materia de carreteras: para obras y otros usos: competencia para otorgarlas en tramos urbanos. STS de 6 de junio de 2011 (RC 5668/2008).

Y es que, en definitiva, si el artículo 39.1 de la Ley 25/1988 establece el carácter vinculante del informe del Ministerio de Fomento sobre estos extremos, ello equivale a reconocer que el otorgamiento de la autorización es un acto complejo en cuya decisión confluyen dos voluntades necesarias, lo que es tanto como admitir la doble competencia concurrente -estatal y municipal- sobre un mismo espacio físico. La intervención del Estado a través del informe preceptivo y vinculante no es sino reflejo del ejercicio de su propia competencia, indisponible, respecto de la zona de dominio público de las carreteras estatales, incluidas las correspondientes a tramos urbanos.

X.4. Accesos. STS de 6 de junio de 2011 (RC 5668/2008).

Comenzaremos, como bien hace la Sala de instancia, por este último precepto, esto es, por el artículo 28 de la Ley 25/1988. No cabe duda de que en él se reconoce a la Administración del Estado la facultad de limitar los accesos a las carreteras estatales y establecer con carácter obligatorio los lugares en los que tales accesos pueden construirse. Dicha facultad comprende la de autorizar nuevos accesos o reordenar los ya existentes con objeto de mejorar la explotación de la carretera y la seguridad vial. La Administración puede, pues, por razones de interés público como son las de mantener la máxima seguridad en la circulación vial, variar o desplazar las conexiones de acceso a las carreteras estatales así como alterar tanto las características físicas como la situación de los accesos a las carreteras estatales, incluso con el desplazamiento del punto kilométrico en que se producirá la conexión.

X.5. Medidas de protección de las carreteras

X.5.1. Paralización de las obras y la suspensión de usos no autorizados o que no se ajusten a las condiciones establecidas en las autorizaciones por los Delegados del Gobierno: diferencia con las medidas cautelares del procedimiento sancionador. STS de 9 de marzo de 2012 (RC 6712/2009)

El artículo 27 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y los artículos 97 y 98 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, prevén determinadas medidas que son autónomas del ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración y que resultan una manifestación de la potestad de policía destinada al mantenimiento de las condiciones de las carreteras. Su naturaleza deriva de la finalidad de protección de la legalidad viaria o de restablecimiento de la seguridad vial que ha resultado alterada. El número 3 del citado artículo 27, reproducido por el recurrente, señala claramente la independencia de las sanciones y de las medidas, y los mencionados preceptos reglamentarios recogen los hitos de un procedimiento cuya resolución es ajena a la que pudiera recaer en el eventual procedimiento sancionador incoado por la misma vulneración de la legalidad.

X.5.2. No procede la medida cautelar fundada en la falta de autorización de la Administración de Carreteras cuando el suelo es urbano y el interesado cuenta con la autorización del Ayuntamiento. STS de 9 de marzo de 2012 (RC 6712/2009)

La condición de suelo urbano del lugar donde se efectúa la construcción constituye un factor esencial para enjuiciar la legalidad de la medida cautelar.

El Capítulo IV de la Ley de Carreteras contiene una regulación específica para los tramos de carretera estatal que discurren por suelo urbano (artículo 36), entendiéndose por tal el suelo calificado de urbano por el correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico (artículo 37.2). Según dispone el artículo 39 de la Ley, corresponde a los Ayuntamientos el otorgamiento de autorizaciones para realizar obras o actividades en la zona de dominio público y en las zonas de servidumbre y afección de los tramos urbanos. No resulta adecuado el fundamento de la medida aquí controvertida en el artículo 27, por falta de autorización, cuando la constructora cuenta con la concedida por el órgano competente.

X.6. Patrimonio histórico y medidas de fomento: uno por ciento cultural

X.6.1. Naturaleza. STS de 14 de junio de 2012 (RC 4062/2009).

La específica naturaleza jurídica de las medidas de fomento contempladas en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, que se enmarcan en la obligación del Estado de garantizar la conservación y enriquecimiento del Patrimonio

Histórico Español a que alude el artículo 46 de la Constitución , que pretende asegurar que de los fondos presupuestados por el Ministerio de Fomento para la ejecución de obras públicas se reserve una partida concreta destinada a dicho fin de interés público, cuya distribución debe producirse de forma coordinada con el Ministerio de Cultura, en aplicación del sistema de colaboración formalizado entre ambos Departamentos ministeriales mediante la suscripción de Convenios de Colaboración, que determinan los criterios de priorización entre los diversos proyectos de actuaciones presentados y la selección del proyecto, conforme a las disponibilidades presupuestarias, no permite eludir el carácter de subvención o ayuda pública de naturaleza modal, que impone que, una vez que la Administración haya aprobado una concreta actuación a través del acuerdo adoptado por el órgano administrativo competente, está obligado a respetar dicha resolución cuando del contenido de dicho Acuerdo, como acontece en el supuesto examinado, no se advierte ningún obstáculo a la transferencia de fondos públicos a la Hermandad solicitante por razones presupuestarias.

X.6.2. Eficacia de los acuerdos de la Comisión Mixta interministerial. Actuación aprobada por la Comisión Mixta que después es revocada por la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales: improcedencia. STS de 22 de junio de 2011 (RC 6509/2008).

En todo caso, insistimos, para que la Administración del Estado pudiera revocar o revisar sus actos previos, favorables al Ayuntamiento de Añora, en los que ya había accedido a la solicitud de éste de proceder a la rehabilitación del entorno de la Iglesia de San Sebastián de Añora, con una determinada financiación a cargo del "uno por ciento cultural", era preciso seguir los trámites obligados que exige la Ley 30/1992 , lo que obviamente no se ha hecho. Y no es competente, además, una Dirección General para revisar los acuerdos adoptados por las Comisiones Interministeriales como los que ya han sido reseñados.

Tales defectos, de incompetencia y de omisión absoluta del procedimiento de revisión, determinan sin más la falta de validez de las resoluciones de la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales contra las que se dirigió el requerimiento de anulación planteado por el Ayuntamiento de Añora.

[...] En fin, tampoco es de recibo afirmar que el eventual "convenio" consecutivo a los acuerdos de la Comisión Mixta (a suscribir entre el Ayuntamiento y la Administración del Estado) quedaba en todo caso a la libre discreción de ésta última. Además de que por actos concluyentes se había expresado la voluntad de la Administración estatal de seguir adelante con el proyecto de rehabilitación, incluso con la debida consignación presupuestaria, el rechazo a continuar las actuaciones exigiría una motivación adecuada que -además de sus repercusiones económicas, ante los gastos ya efectuados por el Ayuntamiento en la parte que le correspondía de la rehabilitación- en el supuesto de autos simplemente no se ha dado.

X.6.3. Derechos de los Ayuntamientos solicitante y obligación de la Comisión Mixta de resolver las solicitudes. STS de 6 de mayo de 2009 (RC 5163/2006), con doctrina reproducida en las SSTS de 20 de enero de

2010 (RC 4868/2007 y 2568/2008) y de 26 de enero de 2010 (RC 4845/2007 y 4836/2007), entre muchas más.

Sin perjuicio de admitir con la sentencia recurrida que del artículo 68 de la Ley del Patrimonio Histórico Español no deriva un derecho subjetivo de los Ayuntamientos afectados por las obras públicas a percibir el 1% de los fondos que sean aportados para su financiación, ni de que éstos puedan aplicarse a cualquier tipo de obras, ya que habrán de serlo sólo a las que estén relacionadas con los bienes del Patrimonio Histórico Español o al fomento de la creatividad artística expresamente previstos en dicho precepto; no obstante, la petición que se formuló por el Ayuntamiento recurrente no iba dirigida a que se le transfiriera dichos fondos ni a obtener su administración, sino a que se tuviera en cuenta su petición a los efectos de que fuera evaluada por la Comisión Mixta en el momento oportuno. Pues bien, examinado el expediente consta que esa solicitud fue presentada el 23 de diciembre de 2003 disponiendo el Ministerio de Fomento que sería incluida en la siguiente reunión de la Comisión, sin que conste que por este organismo en sus sucesivas reuniones se haya adoptado decisión positiva o negativa alguna al respecto, según se infiere de las serie de actas que aparecen en el expediente.

La obligación de resolver, impuesta a la Administración por el artículo 42.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, lleva, en consecuencia, a la estimación parcial del recurso, debiendo la Comisión Mixta decidir sobre la solicitud formulada, tanto sobre la legalidad del momento de su presentación, como, en su caso, sobre la aplicabilidad del 1% cultural a las obras solicitadas.

X.6.4. Requisitos de las solicitudes efectuadas por los Ayuntamientos. STS de 25 de marzo de 2009 (RC 766/2007). Asimismo esta doctrina ha sido reproducida en muchas Sentencias posteriores.

En lo que a la presentación y resolución de solicitudes respecta, no parece haber ningún procedimiento de solicitudes específico, limitándose los Ayuntamientos interesados a presentar su petición de financiación con cargo a cualquier obra pública aprobada en cualquier fase de su tramitación. Estas solicitudes son estudiadas en su momento y aprobadas o rechazadas por la referida Comisión, y su financiación concreta queda sometida al procedimiento indicado por la Administración en cuanto a la aprobación de las correspondientes partidas presupuestarias, en función de las posibilidades financieras finalmente existentes con cargo a la partida del 1% del presupuesto material de la obra. Así pues, en ningún lugar consta que las solicitudes sólo puedan ser presentadas tras la aprobación del presupuesto material de la obra. Y si bien no resultaría irregular que la Comisión postergase el estudio de una solicitud hasta ese momento, es también evidente que una petición anterior no sería inválida, sino que habría de ser aplazada para su consideración en el momento oportuno.

Así las cosas, es claro que la Sala se equivoca al rechazar de plano el recurso con la argumentación expuesta en el fundamento de derecho sexto de su resolución de que la obra de la Línea de Alta Velocidad La Coruña-Ferrol se encontraba en fase de estudio informativo, todavía pendiente de determinarse el presupuesto final de ejecución material. Ello no obsta, en efecto, a que dicha propuesta de financiación de presentada por el Ayuntamiento recurrente fuese estudiada por la Comisión Mixta Interministerial en el momento en que dicho órgano lo considerase procedente, y sin perjuicio, en todo

caso, de que la cantidad concreta y su efectiva imputación quedase condicionada a la disponibilidad presupuestaria que resultase de la cuantía concreta del 1% del presupuesto material y de las otras posibles propuestas aprobadas con cargo a la referida obra pública.

XI. Procedimiento administrativo

XI.1. Actos de trámite y actos que no son de trámite

XI.2. Derecho de acceso a archivos y registros: tiene un alcance más amplio que el derecho a ser parte en un procedimiento

XI.3. Notificaciones. Notificación defectuosa: defecto inexistente

XI.4. Procedimientos administrativos especiales. Elaboración de disposiciones de carácter general: audiencia a entidades interesadas

XI. Procedimiento administrativo

XI.1. Actos de trámite y actos que no son de trámite

“Hemos de partir de que uno de los criterios de clasificación de los actos administrativos atiende a la función que desempeñan en el procedimiento, y así se distingue entre actos de trámite que preparan y hacen posible la decisión, dirigiéndose al mayor acierto de ésta, y las resoluciones que deciden las cuestiones planteadas. La diferenciación determina que los actos de trámite no sean impugnables separadamente, sino que es al recurrir la correspondiente resolución cuando pueden suscitarse las cuestiones relativas a su legalidad. Así se recoge en el art. 107 de la LRJ-PAC y 25-1LRJCA de tal manera que los actos de trámite solo son recurribles separadamente cuando decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Esta normativa, como reconoce el TJCE (sentencia de 15-5-2003, asunto C-214/00), no afecta a una tutela judicial adecuada de los particulares. Además responde a principios de racionalidad y eficacia procedimental

para evitar que los procedimientos se vean paralizados por reclamaciones sucesivas contra meros actos preparatorios y no decisorios. Por tanto, acto trámite es aquél cuyo contenido aparece desprovisto de todo carácter decisorio, de modo que en nada incida, en forma directa o indirecta sobre la situación jurídica de los particulares afectados. De esta manera su no impugnabilidad no puede afirmarse *a priori* y genéricamente en abstracto sino atendiendo a los fines que cumplen y los efectos que desencadenan, "pues la contemplación de estos fines y efectos mostrará el verdadero sentido del acto, aquel que revelará si estamos en presencia de un acto interlocutorio o de una resolución que pone fin a una fase del procedimiento administrativo autónoma respecto de otra posterior a la que predetermina en una parte sustancial de su contenido y alcance, afectado al propio tiempo derechos e intereses legítimos" (STS de 15-3-1999 RC 2355/1997). Aplicando la doctrina expresada por este Tribunal, entendemos que tiene razón la Sala juzgadora cuando considera que la comunicación de 3 de mayo de 2006 no era de trámite sino que resultaba sin duda impugnable, en cuanto acto de trámite cualificado. Efectivamente, la comunicación de 3 de mayo de 2006 del Director General del Joc i d'Espectacles fue objeto de recurso de alzada por la entidad citada, recurso que es inadmitido por Resolución de la Consellera d'Interior de la Generalitat, de fecha 31 de julio de 2006, por considerar que el acto impugnado era una comunicación que informaba al interesado de la aplicación de la normativa vigente en materia de salones de juego y, por tanto, era un simple acto trámite no susceptible de impugnación separada e independiente, como sucedería de hallarnos ante un acto definitivo. La precedente comunicación indicaba que el contenido de la disposición transitoria del Decreto 22/2005, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Salones recreativos y del juego, establece una moratoria de tres años a contar desde la entrada en vigor de este Decreto, durante los cuales no se concederán nuevas autorizaciones de salones de juego a fin de que durante este período, por el Departamento de Interior, se verifique la incidencia social y la repercusión en el propio sector del juego de la implantación de las máquinas especiales en dichos salones de juego. Se añade en dicha comunicación que, de acuerdo con un principio de eficacia que ha de inspirar la actuación administrativa, la tramitación del expediente de solicitud de modificación de la licencia de salón, quedaba suspensa en tanto se mantuviera la citada prohibición, y, una vez acabado el plazo indicado, se continuaría con su tramitación. Resulta claro que la meritada comunicación no constituye un mero acto de trámite en el proceso administrativo, por cuanto su contenido trasciende a la esfera jurídica de la entidad que hoy comparece como parte recurrida, en la medida en que a través de dicho acto se suspende la tramitación del expediente en el estado en que se hallaba, sin haber sido resuelta la solicitud de dicha parte, obligándola a someterse a una espera de tres años para obtener una decisión a la modificación interesada" (STS de 2 de marzo de 2012 – RC 6304/2009-).

XI.2. Derecho de acceso a archivos y registros: tiene un alcance más amplio que el derecho a ser parte en un procedimiento. STS de 16 de diciembre de 2011 (RC 4607/2009)

“El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos está reconocido con carácter general en los artículos 105 b) de la Constitución y 35 h) de la citada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Se trata de un derecho independiente del derecho a ser parte interesada en los procedimientos administrativos, de modo que la titularidad de ambos derechos no ha de coincidir necesariamente. Si

bien la condición de parte en el procedimiento lleva aparejado el derecho de acceso, éste también puede reconocerse a quienes no ostentan dicha cualidad.

La autonomía de ambos derechos conlleva una diversa regulación, pues mientras la legitimación en vía administrativa aparece esencialmente en el artículo 31 de la última ley citada, la disciplina del derecho de acceso se contiene en el artículo 37, que es el aplicable al presente caso, así como en otras normas de naturaleza sectorial.

Entre los diversos supuestos que contempla este artículo 37 se encuentra, en su número 3, el relativo a los documentos nominativos que invoca la Administración recurrente. A tal supuesto también se refiere la Sala de instancia, porque, aunque omita su referencia expresa, analiza la concurrencia de los requisitos que le son exclusivos. La norma en cuestión establece: «El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo».

Haciendo abstracción de las dudas interpretativas que suscita el precepto, para resolver el problema que late en el recurso es conveniente partir de que los documentos que integran el expediente de autos disponen de la cualidad de nominativos, aceptando así, a efectos dialécticos, el planteamiento del recurrente. Desde este enfoque, el problema esencial del litigio radica en dilucidar si las asociaciones demandantes poseen el interés legítimo y directo que exige la norma. Pese a la crítica del recurrente, el enfoque que realiza la Sentencia recurrida es correcto, puesto que dedica su mayor atención a examinar dicho requisito y en él fundamenta la estimación del recurso.

Pues bien, las conclusiones que alcanza la Sala de instancia deben ser mantenidas en su integridad. A fin de reconocer el derecho de acceso, en Sentencia de 30 de marzo de 1999 (RC 6563/1994) examinamos el concepto de interesado del artículo 62 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo, empleando una interpretación acorde con los principios constitucionales de participación política, libertad de información y tutela judicial efectiva. Concluimos que por tal interesado a acceder a los documentos administrativos debe entenderse «aquella persona que legítimamente justifica una razonable expectativa de obtener provecho en la consulta de los antecedentes cuyo examen puede serle útil para decidir sobre la presentación de una solicitud ante la Administración o el ejercicio de un derecho frente a ella». En nuestra Sentencia de 6 de junio de 2005 (RC 68/2002), dictada sobre el mismo derecho, identificamos el interés legítimo y directo del artículo 37.3 de la Ley 30/1992 con «la posibilidad de que el acceso a los documentos depare a quien lo pretende un beneficio o provecho o le sirve para evitar o disminuir un perjuicio».

Tan especial vinculación del interesado ha de exigirse, en el seno del derecho de acceso a los documentos administrativos, respecto de la información a la que pretende acceder y no del procedimiento al que pertenecen los documentos, como parece propugnar el recurrente. Dicho de otro modo, el interés cualificado que exige el artículo 37.3 ha de proyectarse sobre el contenido de los documentos, pero no sobre el resultado del procedimiento donde se hallan, que bien puede ser totalmente indiferente para el solicitante.

Tampoco debe omitirse que es necesario utilizar una interpretación favorable al ejercicio del derecho de acceso a los documentos administrativos. Como dijimos en la citada Sentencia de 30 de marzo de 1999 este derecho está «relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva. Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa». En la Sentencia de 6 de junio de 2005 subrayamos: «El punto de partida en el que nos sitúa la Constitución no puede ser otro que el del reconocimiento a los ciudadanos de la facultad de acceder a los documentos que obran en los archivos y registros públicos. Esta es la regla general y las excepciones que se le impongan por las Leyes han de estar justificadas en términos constitucionalmente aceptables». La misma Sentencia destaca que el derecho de acceso es acorde «con los principios que deben inspirar la actuación de las Administraciones Públicas y, en particular, con el de transparencia que, según el artículo 3.4 de la Ley 30/1992 y conjuntamente con el de participación, ha de guiar sus relaciones con los ciudadanos».

Aplicando tales pautas, debe concluirse que concurre el interés cualificado de las entidades solicitantes en atención a las peculiares circunstancias del supuesto de hecho que analiza la Sentencia de instancia, y cuya valoración probatoria ha de respetarse en casación.

En efecto, las asociaciones «La Kalle» y «Crisol» participaron en la actividad desarrollada por la Fundación «Esplai» en relación con los Centros de Acceso Público a Internet a que se refieren las Órdenes 1970/2004, de 26 de marzo, 5293/2004, de 28 de junio, y 1888/2005, de 8 de abril, de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid, por las que se regula la concesión de ayudas con tal finalidad. Como consecuencia de esa participación se generaron diversos documentos que, al parecer, fueron aportados por la Fundación con la solicitud de ayuda que originó el procedimiento administrativo al que se pretende acceder. «La Kalle» y «Crisol» aspiraron a una ayuda semejante, que les fue denegada con el argumento de no haber realizado con anterioridad la gestión de Centros de la clase de los mencionados. También destaca la Sentencia impugnada que existió una discrepancia entre aquellas asociaciones y la Fundación sobre el mal uso que la última había hecho de la documentación demostrativa de su colaboración.

Por consiguiente, el acceso a los documentos que obran en el expediente tramitado a instancia de la Fundación «Esplai» puede facilitar a las asociaciones enfrentadas disponer de pruebas documentales de su colaboración o participación con la primera en la actividad relativa a los Centros de acceso a Internet, así como comprobar o descartar el mal uso de la documentación. El acceso al procedimiento constituye también el instrumento adecuado para que las asociaciones interesadas reúnan la información necesaria para ejercitar acciones contra la denegación de la ayuda o los actos de la Fundación, de cuyo éxito derivaría sin duda un beneficio.

En definitiva, hay motivos suficientes para apreciar la presencia del interés cualificado exigido en el artículo 37.3 a fin de permitir el acceso a la documentación que integra el expediente promovido por la mencionada tercera entidad”.

XI.3. Notificaciones. Notificación defectuosa: defecto inexistente

“El supuesto que se nos plantea en el presente recurso de casación es el que más frecuentemente se examina por los Tribunales, consiste en el de la notificación a un tercero que guarda cercanía o proximidad geográfica con el destinatario (empleada/o del hogar, conserje o portero/a de una finca, vigilante del edificio, etc.). En tales casos, tal y como exige la jurisprudencia, la norma sólo establece una mera presunción -eso sí, de cierta intensidad- de que el acto o resolución llegó a conocimiento del destinatario. Por esta razón, esta Sala ha señalado, recogiendo la doctrina constitucional, que «es verdad que cuando la notificación se practica correctamente a un tercero, si el interesado niega haberla recibido o haberlo hecho intempestivamente el órgano judicial o la Administración no pueden presumir sin más que el acto ha llegado a conocimiento del interesado, sino que deben atender a dicha alegación (SSTC 275/1993, de 20 de septiembre, FFJJ 3 y 4; 39/1996, de 11 de marzo, FJ 2 ; 78/1999, de 26 de abril, FJ 2 ; 113/2001, de 7 de mayo, FJ 3 ; 21/2006, de 30 de enero, FJ 3 ;113/2006, de 5 de abril , FJ 6), pero corresponde a la parte probar dicho extremo [STC 116/2004, de 12 de julio , FJ 5. En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencias de 15 de diciembre de 2009 (RC núm. 4789/2004), FD Tercero; y de 4 de marzo de 2010 (RC núm. 2421/2005), FD Quinto)» [Sentencia de 16 de diciembre de 2010 (RC núm. 3943/2007), FD Tercero; en el mismo sentido, Sentencia de 14 de marzo de 2011 (RC núm. 5455/2007), FD Cuarto]. Corresponde además al interesado el esfuerzo de probar que, pese al cumplimiento exquisito de las normas que regulan las notificaciones, el acto o resolución no llegó a tiempo para que pudiera reaccionar contra el mismo, y tal esfuerzo debe consistir en algo más que meras afirmaciones apodícticas no asentadas en prueba alguna [STC 116/2004, de 12 de julio , FJ 5; y Sentencias de esta Sala de 27 de noviembre de 2008 (RC núm. 5565/2006), FD Cuarto; de 15 de diciembre de 2009 (RC núm. 4789/2004), FD Tercero; de 4 de marzo de 2010 (RC núm. 2421/2005), FD Quinto ; de 16 de diciembre de 2010 (RC núm. 3943/2007), FD Tercero ; y de 14 de marzo de 2011 (RC núm. 5455/2007), FD Cuarto]. (...) hemos de señalar que la notificación iba dirigida al domicilio indicado por la entidad recurrente, c/ Marqués de Urquijo número 10 (Madrid 28008), y que fue recogida por el portero de la finca, que hizo constar su identidad, con expresión de su nombre y su DNI, por lo que la Administración ha dado cumplimiento a las formalidades exigidas por la norma y por dicha jurisprudencia. En consecuencia, debe presumirse que el acto ha llegado tempestivamente a conocimiento del interesado, máxime cuando, según resulta del expediente administrativo, el Sr. Miranda Rojas, evacuando el trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la Ley 30/92, previo a la propuesta de resolución, presenta, el 8 de septiembre de 2008, escrito de alegaciones en relación con la Declaración de Impacto Ambiental negativa emitida, en cuyo encabezamiento designa como domicilio para notificaciones el de la calle Marqués de Urquijo número 10, 4º de Madrid. Pues bien, si hasta esa fecha la Administración practicaba las notificaciones en la calle Argensola número 2, 4ª planta (Madrid 28004), es a partir de dicho momento cuando la Administración realiza las notificaciones subsiguientes en la dirección indicada por la propia parte, de modo que la Resolución originaria impugnada, dictada por la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 17 de diciembre de 2008, que denegó la autorización para explotación de recursos mineros de la Sección A) gravas y arenas, denominada TICOSA V, A-441, situada en San Martín

de la Vega, es correctamente notificada a la entidad recurrente, en la aludida dirección de la calle Marqués de Urquijo número 10, el 29 de diciembre de 2008, en la persona del portero del inmueble sito en dicho domicilio. Así mismo, como acertadamente recoge la Sentencia impugnada, y con arreglo a lo que resulta del propio expediente administrativo, en el escrito de alzada presentado por la recurrente el día 30 de enero de 2009, se vuelve a designar el mismo domicilio a efectos de notificaciones, sin que se manifestase en él impedimento alguno en la recepción de la notificación de la resolución originaria. Por su parte, la notificación de la inadmisión del recurso de alzada se practica en el mismo domicilio que la anterior y es entregada a la misma persona en calidad de autorizado, habiéndose promovido frente a tales resoluciones administrativas el recurso contencioso-administrativo en plazo” (STS de 8 de junio de 2012 –RC 2425/2011-).

XI.4. Procedimientos administrativos especiales. Elaboración de disposiciones de carácter general: Audiencia a entidades interesadas

“(…) La norma autonómica que invoca el recurrente es idéntica a la del art. 24.1.e) de la Ley estatal que aplicó la Sala de instancia, en cuanto excluye del trámite de audiencia los reglamentos meramente organizativos. Y en esta tesitura no cabe sino confirmar el criterio que refleja la Sentencia recurrida, que, como hemos repetido, no es otro que el de esta misma Sala manifestado en su Sentencia de 2009. Pese a la naturaleza eminentemente organizativa del Decreto, en cuanto destinado a «alterar la competencia de los órganos de la Administración competentes para prestar el servicio que pretende mejorarse» (Sentencia de 14 de octubre de 1997, reproducida en la Sentencia de 21 de octubre de 2003, RC 4440/2000), ello no impide que pueda afectar a los intereses de los funcionarios (así, Sentencia del Tribunal Constitucional de 84/2001, de 26 de marzo, y las otras que cita la Sala de instancia en relación con la legitimación activa), por lo que no resulta ilógico ni irrazonable estimar que, a causa de las concretas circunstancias aquí concurrentes, debieron ser oídos en el procedimiento de elaboración a través de los sindicatos que defienden tales intereses, al igual que lo fueron numerosas entidades y organismos” (STS de 31 de mayo de 2012 –RC 2367/2011-).

“La queja casacional fundamentada en la infracción del artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en lo que concierne al trámite de audiencia previsto en dicha disposición, se revela infundada, pues, en el supuesto enjuiciado, dado el contenido normativo de la Orden Ministerial, que se limita a desarrollar el Real Decreto 419/1991, de 27 de marzo, disponiendo la comercialización de la Lotería Nacional en todos los puntos de venta integrados en la Red Básica y en la Red Complementaria, con objeto de afrontar la implantación de una red comercial racional y competitiva, a tenor de la configuración de la red de sucursales de la red Básica, que queda condicionada a la aprobación de normas reguladoras por el Organismo de Loterías y Apuestas del Estado, como se advierte en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009, y constatarse que han sido consultadas, entre otras asociaciones o colectivos afectados, la Agrupación Nacional de Asociaciones Provinciales de Administraciones de Loterías y la Federación Nacional de Receptores Mixtos, sin que se haya controvertido el hecho referido por la defensa letrada de la Federación recurrida de que la recurrente Doña MARÍA TERESA FERNÁNDEZ DÍAZ, en calidad de Presidenta de la Federación Nacional de Asociaciones Profesionales de Administraciones de Loterías, formuló observaciones al proyecto de la

Orden mediante escritos de 7 de octubre de 2004 y 20 de octubre de 2004 al Director General de Loterías y Apuestas del Estado, aunque quepa corregir el razonamiento de la Sala de instancia en cuanto que excluye radicalmente que sea exigible la participación en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales de aquellas asociaciones privadas de carácter voluntario. A estos efectos, resulta oportuno recordar la doctrina formulada en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2005 (RC 2911/2002), sobre la interpretación constitucionalmente adecuada del artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, respecto de la llamada o audiencia de asociaciones de carácter voluntario en el procedimiento de elaboración de los reglamentos, reproducida en la sentencia de 2 de diciembre de 2008 /RC 1997/2006), en la que dijimos: En la interpretación de este precepto hay que partir de que la finalidad primordial del mismo es cumplir con la exigencia constitucional contemplada en el artículo 105 a), cuyo sentido es plasmar en este ámbito el principio de participación de los ciudadanos "directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley", como dice el propio texto constitucional. El artículo 24 de la Ley del Gobierno ofrece un amplio elenco de posibilidades para alcanzar dicho objetivo: la audiencia directa a los afectados, la audiencia a través de asociaciones u organizaciones representativas, la solicitud a estas de informes o estudios y el sometimiento del proyecto de disposición a información pública. Pues bien, no puede compaginarse con la exigencia constitucional de participación de los ciudadanos el que no se hiciese uso de ninguna de las mencionadas posibilidades que ofrece el referido precepto legal, entre las cuales la audiencia a las asociaciones y organizaciones representativas o el sometimiento de la disposición a información pública se presentaban como especialmente idóneas. A este respecto hay que rechazar la interpretación efectuada por la Sala de instancia respecto al requisito del artículo 24 de la Ley del Gobierno sobre el reconocimiento legal de las asociaciones u organizaciones a los que hubiera que dar audiencia, puesto que parece entenderlo en el sentido de que sólo habría que darles semejante trámite a aquellas organizaciones y asociaciones que estuviesen directa y específicamente calificadas por la ley como asociaciones representativas del sector afectado. Pero sin duda tiene razón la Asociación recurrente al entender que las entidades que menciona en el desarrollo de este motivo, además de resultar más o menos directamente afectadas por la Orden en cuestión, poseen tal carácter de estar "reconocidas por la ley" y representar a los ciudadanos afectados por la disposición afectada (Cámaras de la Propiedad Urbana, Colegios de Administradores de Fincas, Asociaciones de Consumidores y Asociaciones de empresas de ascensores -entre las que se encuentra la actora-. Y son asociaciones u organizaciones reconocidas por la ley puesto que están constituidas de acuerdo con sus respectivos regímenes legales y sin duda alguna agrupan o representan a los ciudadanos en relación con fines que guardan relación directa (más o menos específica en los casos citados) con el objeto de la disposición" (STS de 20 de octubre de 2009 –RC 1742/2007-).

No resulta exigible el trámite de audiencia en caso de afectación eventual a los intereses de un colectivo (STS de 17 de mayo de 2012 –RCA 409/2010-)

“Sobre el motivo de nulidad deducido contra el artículo 5.3 b) 3º ii) del Real Decreto 750/2010, de 4 de junio , fundado en la infracción del procedimiento de elaboración de reglamentos, establecido en el artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno .

El primer motivo de impugnación articulado por razones formales contra el Real Decreto 750/2010, de 4 de junio, por el que se regulan los procedimientos de homologación de vehículos de motor y sus remolques, máquina autopropulsadas o remolcadas, vehículos agrícolas, así como de sistemas, partes y piezas de dichos vehículos, fundamentado en la infracción del artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , por haberse prescindido en el procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria del trámite de audiencia, respecto del Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales, no puede prosperar, en cuanto que se constata, según se refiere en el Dictamen del Consejo de Estado de 15 de abril de 2010, que el proyecto del Real Decreto fue sometido al preceptivo trámite de audiencia, habiéndose remitido a los órganos, asociaciones y empresas que son miembros de la Comisión Asesora de Reglamentación de Inspección Técnica de vehículos o tienen intereses en el sector de la automoción, y habiendo formulado alegaciones la Dirección General de Tráfico, el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, la Generalidad de Cataluña, la Asociación española de Entidades Colaboradoras de la Administración en la Inspección Técnica de Vehículos (AECA-ITV), la Asociación Española de Fabricantes de Automóviles y Camiones (ANFAC), la Asociación Nacional de Importadores de Automóviles, Camiones, Autobuses y Motocicletas (ANIACAM), la Asociación Nacional de Fabricantes de Carrocerías de Autobús (ASCABUS), y el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales.

Asimismo, cabe poner de relieve, siguiendo la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en las sentencias de 3 de mayo de 2011 (RCA 352/2010) y de 17 de junio de 2011 (RCA 255/2010), que no resulta obligada la llamada expresa al Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales, para intervenir en la fase de audiencia en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 750/2010, de 4 de junio enjuiciado, dado el objeto y contenido de dicha norma reglamentaria, que sólo afecta de forma eventual a los Ingenieros Técnicos Industriales.

A estos efectos, resulta oportuno recordar la doctrina formulada en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2005 (RC 2911/2002), sobre la interpretación constitucionalmente adecuada del artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , respecto de la llamada o audiencia de organizaciones o corporaciones representativas de intereses profesionales en el procedimiento de elaboración de los reglamentos, reproducida en las sentencias de 2 de diciembre de 2008/RC 1997/2006), y de 20 de octubre de 2009 (RC 1742/2007), en las que dijimos:

« En la interpretación de este precepto hay que partir de que la finalidad primordial del mismo es cumplir con la exigencia constitucional contemplada en el artículo 105 a), cuyo sentido es plasmar en este ámbito el principio de participación de los ciudadanos "directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley", como dice el propio texto constitucional. El artículo 24 de la Ley del Gobierno ofrece un amplio elenco de posibilidades para alcanzar dicho objetivo: la audiencia directa a los afectados, la audiencia a través de asociaciones u organizaciones representativas, la solicitud a estas de informes o estudios y el sometimiento del proyecto de disposición a información pública. Pues bien, no puede compaginarse con la exigencia constitucional de participación de los ciudadanos el que no se hiciese uso de ninguna de las mencionadas posibilidades que ofrece el referido precepto legal, entre las cuales la

audiencia a las asociaciones y organizaciones representativas o el sometimiento de la disposición a información pública se presentaban como especialmente idóneas.

A este respecto hay que rechazar la interpretación efectuada por la Sala de instancia respecto al requisito del artículo 24 de la Ley del Gobierno sobre el reconocimiento legal de las asociaciones u organizaciones a los que hubiera que dar audiencia, puesto que parece entenderlo en el sentido de que sólo habría que darles semejante trámite a aquellas organizaciones y asociaciones que estuviesen directa y específicamente calificadas por la ley como asociaciones representativas del sector afectado. Pero sin duda tiene razón la Asociación recurrente al entender que las entidades que menciona en el desarrollo de este motivo, además de resultar más o menos directamente afectadas por la Orden en cuestión, poseen tal carácter de estar "reconocidas por la ley" y representar a los ciudadanos afectados por la disposición afectada (Cámaras de la Propiedad Urbana, Colegios de Administradores de Fincas, Asociaciones de Consumidores y Asociaciones de empresas de ascensores -entre las que se encuentra la actora-. Y son asociaciones u organizaciones reconocidas por la ley puesto que están constituidas de acuerdo con sus respectivos regímenes legales y sin duda alguna agrupan o representan a los ciudadanos en relación con fines que guardan relación directa (más o menos específica en los casos citados) con el objeto de la disposición » .

- XII. Propiedades especiales (aguas, montes y minas)
 - XII.1. Aguas
 - XII.1.1. Competencias autonómicas
 - XII.1.2. Infracción en materia de aguas: detracción ilegal
 - XII.1.3. Sanción por la infracción de detracción ilegal de aguas
 - XII.2. Montes. Montes comunales: valor de la costumbre como fuente normativa de sus aprovechamientos
 - XII.3. Minas
 - XII.3.1. Generalidades
 - XII.3.1.1. Declaración de zonas de reserva de recursos mineros a favor del Estado
 - XII.3.1.2. Consideración de la actividad minera de otros intereses además de los vinculados a la legislación de minas
 - Intereses medioambientales en general
 - Intereses medioambientales recogidos en la normativa autonómica
 - Intereses sociales y medioambientales de los montes vecinales en mano común
 - XII.3.2. Procedimientos en materia de minas
 - XII.3.2.1. Informe preceptivo del Instituto Tecnológico Geominero de España
 - XII.3.2.2. Procedimiento de resolución de discrepancias
 - XII.3.2.3. Interesados en el procedimiento

- Entidad local propietaria de los terrenos
- Propietario de los terrenos en el procedimiento de cambio de titularidad
- XII.3.2.4. Aspectos medioambientales del procedimiento
 - Necesidad de Estudio de Impacto Ambiental
 - Naturaleza de la declaración de zona de reserva provisional a favor del Estado
 - Declaración de Impacto Ambiental (DIA)
- XII.3.2.5. Caducidad del procedimiento destinado a declarar la caducidad de la concesión
- XII.3.2.6. Resoluciones administrativas en materia de minas
- XII.3.2.7. Naturaleza de los derechos que confiere
- XII.3.2.8. Duración
- XII.3.2.9. Preexistencia de otras concesiones
- XII.3.2.10. Prórroga del permiso de investigación
- XII.3.2.11. Reclasificación de los aprovechamientos
- XII.3.3. Compatibilidad y prioridad entre aprovechamientos
 - XII.3.3.1. Criterios casuísticos
 - XII.3.3.2. Concesiones de explotación del mismo recurso
 - XII.3.3.3. Concesiones de distintas secciones
 - XII.3.3.4. Prioridad entre aprovechamientos
- XII.3.4. Caducidad de los derechos mineros
 - XII.3.4.1. La declaración de caducidad no es una sanción
 - XII.3.4.2. Principio de proporcionalidad
 - XII.3.4.3. Plazo
 - XII.3.4.4. No se suspende por el retraso de la Administración
 - XII.3.4.5. Caducidad por paralización de los trabajos
 - No es necesaria la reincidencia
 - Previo requerimiento de la Administración
 - Incumplimiento reiterado de las prescripciones de los Planes de Labores

XII. Propiedades especiales (aguas, montes y minas)

XII.1. Aguas

XII.1.1. Competencias autonómicas: tramos de cauces interterritoriales: No pueden ser asumidas en el proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía. SSTS de 13 de Junio del 2011 (RCA 1/2009), y dos de 14 de Junio del 2011 (RCA 66/2008 y 2/2009)

El Real Decreto 1666/2008 trae causa de la modificación que en el Estatuto de Autonomía para Andalucía introdujo la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. En su nueva redacción, el artículo 51 del Estatuto disponía que la Comunidad Autónoma andaluza ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22ª de la Constitución.

Era precisamente el referido artículo 51 del Estatuto de Autonomía para Andalucía el precepto legal para cuya aplicación o cumplimiento se procedió al traspaso de funciones y servicios desde la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía que regula el Real Decreto 1666/2008. Y la demanda presentada por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se basaba, sustancialmente, en la inconstitucionalidad del referido artículo, respecto del cual propugnaba que esta Sala plantease la oportuna cuestión al Tribunal Constitucional. Pretensión que -conforme a lo que instaron el Abogado del Estado y el de la Junta de Andalucía- no acogimos porque ya se había planteado contra aquel artículo el recurso de inconstitucionalidad número 5120/2007 por parte de la Junta de Extremadura.

Una vez que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 16 de marzo de 2011, ha declarado la "inconstitucionalidad y nulidad" del tan citado artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, procede que extraigamos de esta declaración las consecuencias derivadas en cuanto al Real Decreto objeto de este litigio.

XII.1.2. Infracción en materia de aguas: detracción ilegal de aguas. STS 23 de diciembre de 2011 (RC 3195/2011)

El artículo 116 de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio) estipula en su apartado 1.b) que constituye infracción administrativa "la derivación de agua de sus cauces y el alumbramiento de aguas subterráneas sin la correspondiente concesión o autorización cuando sea precisa". Pues bien, esta Sala ya ha interpretado en jurisprudencia anterior que dicho alumbramiento ilegal de aguas no se produce sólo en los supuestos de primer afloramiento del agua subterránea, en una acepción restringida del término "alumbramiento", sino en toda ocasión en la que se extrae agua de un cauce subterráneo sin la debida concesión o autorización. Ha de tenerse en cuenta que el referido artículo 116.3, incluye también entre las infracciones la letra h), que tipifica "la apertura de pozos y la instalación en los mismos de instrumentos para la extracción de aguas subterráneas sin disponer previamente de concesión o autorización del Organismo de cuenca para la extracción de las aguas". Es claro, por tanto, que si el legislador ha definido como un tipo autónomo la simple apertura irregular de un pozo, el alumbramiento no autorizado de aguas tipificado por separado no puede referirse simplemente al primer afloramiento de las aguas que se produce por dicha apertura, sino a toda detracción posterior de las aguas ya localizadas, esto es, a toda captación de aguas no autorizada (entre otras Sentencias, STS de 17 de diciembre de 2.008, recurso de casación 133/2.005).

XII.1.3. Sanción por la infracción de detracción ilegal de aguas. STS de 5 de junio de 2012 (RCUD 3431/2011)

El problema que se plantea con la aplicación del art. 320 RDPH es su contradicción con el art. 117.1 TRLA, que atribuyen a las sanciones menos graves una multa entre 6.010,13 euros a 30.050,61 euros, mientras que el art. 320 fija multas inferiores al límite mínimo dependiendo de los daños causados.

Como esta Sala había resuelto desde la Sentencia de 26 de febrero de 2010 (recurso 1469/2008), el art. 320 RDPH no resulta de aplicación por ser contrario al art. 117

TRLA y contravenir las cuantías de la multa que impone, infringiendo el principio de jerarquía normativa por ser la norma reglamentaria contraria a una norma con rango de ley y, además, posterior a aquélla, con lo que debía entenderse derogada por aplicación de la cláusula derogatoria que se contiene en la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto Legislativo. No obstante, esta cuestión ha quedado definitivamente zanjada pues el Real Decreto 849/1986, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, ha sido recientemente modificado por Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo, de modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley de libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio. Se modifican, en materia sancionadora, los arts. 314, 315, 316, 317, 321 y 339, y se derogan los arts. 319 y 320. Por lo que aquí interesa, y dado que la infracción se tipifica conforme a la letra a) y b) del artículo 116, 3 que tipifican la derivación de agua de sus cauces y el alumbramiento de aguas, y ello no va en función de los daños causados, sino que es una acción autónoma que sólo puede ser calificada como infracción menos grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 316, la infracción está correctamente tipificada.

XII.2. Montes. Valor de la costumbre como fuente normativa de sus aprovechamientos. STS de 7 de junio de 2012 (RC 1728/2009)

El segundo motivo de casación, en el subapartado que cuestiona el valor que la Sala de instancia otorga a la costumbre como fuente normativa regulatoria de los aprovechamientos en los Montes de Utilidad Pública, en contradicción, según se aduce, con lo dispuesto en los artículos 1.2 y 95 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, en el artículo 75.2 del Texto Refundido de la Ley de Bases de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y del artículo 601 del Código Civil, no puede ser acogido, siguiendo los criterios jurídicos expuestos por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en las sentencias de 12 de enero de 2012 (RC 691/2008), y de 17 de febrero de 2012 (RC 6089/2008), donde, enjuiciando idénticos supuestos, hemos reconocido, en aplicación de las mencionadas disposiciones legales y reglamentarias, el carácter esencial de la costumbre en la regulación de este tipo de aprovechamientos de bienes comunales.

XII.3. Minas

XII.3.1. Generalidades

XII.3.1.1. Declaración de zonas de reserva de recursos mineros en favor del Estado: Naturaleza del interés público que fundamenta la declaración. STS de 10 de marzo de 2009 (RC 3908/2006).

Dicho precepto [artículo 39.3 de la Ley de Minas] confiere al Gobierno la potestad de "declarar no registrables zonas determinadas por razones de interés público", lo que implica que ese interés, al no concretarse en un determinado sentido, debe extenderse a cualquiera que sea el sector implicado, no sólo minero, sino cualquier otro del amplio elenco de bienes y servicios que comporta la actividad prestacional de la Administración.

[...]

No es necesario que ese interés esté plasmado en un Plan o Proyecto aprobado, pues cabe que el presupuesto fáctico determinante de la medida lo sea con base en previsiones futuras, que tengan una base suficiente de efectividad [...]

XII.3.1.2. Consideración en la actividad minera de otros intereses además de los vinculados a la legislación de Minas

- **Intereses medioambientales.** STS de 30 de noviembre de 2010 (RC 2408/2008).

Ni de aquellos tres preceptos constitucionales ni de la sentencia constitucional 64/1982 se deriva una conclusión unívoca en orden a la prevalencia absoluta de los intereses económicos (en este caso, la explotación de la cantera) frente a los valores medioambientales. La ponderación y el equilibrio entre unos y otros debe hacerse en cada caso, a la luz de las circunstancias concurrentes, entre las que no es posible soslayar el carácter especialmente privilegiado de determinadas áreas o zonas territoriales cuya protección haya de ser preservada.

- **Intereses medioambientales recogidos en la normativa autonómica.** STS de 3 de noviembre de 2009 (RC 2054/2007)

En realidad, pues, la discrepancia de la parte recurrente respecto de la sentencia impugnada se refiere a la interpretación que la Sala de instancia hace de la ley de ordenación territorial autonómica y la consecuencia de la suspensión derivada de la aprobación inicial de dicho Plan Especial y su influencia sobre la concesión minera analizada, pues considera la recurrente que la autorización minera se rige en exclusiva por lo dispuesto en la ley sectorial, la Ley y el Reglamento de Minas citados.

[...] Como hemos expuesto, este Plan Especial tiene como objetivo la ordenación de los aprovechamientos de los recursos extractivos de la zona con respeto a valores medioambientales, coordinando el abastecimiento de áridos con el respeto al entorno medioambiental cuya degradación por causa de las explotaciones mineras se constata. Precisamente en este Plan Especial se aborda una ordenación integral de las actividades extractivas y de aprovechamiento de los recursos mineros de la zona guarda clara relación con la autorización impugnada, pues, trata de las repercusiones medioambientales de la actividad minera.

[L]o cierto es que la interpretación judicial cuestionada que integra la norma autonómica como parámetro de enjuiciamiento de la autorización administrativa no afecta ni vulnera los preceptos de la Ley y Reglamento de Minas.

- **Intereses sociales y medioambientales: montes vecinales en mano común .** STS de 15 de octubre de 2010 (RC 645/2008).

Cabe, por ello, entender que el pronunciamiento de la Sala de instancia, relativo a declarar la prevalencia de los intereses sociales vinculados a la conservación de la integridad física y jurídica de los montes vecinales en mano común "Merlán" y "Hospital" frente a la explotación de la cantera de cuarzo, está justificado: La aplicación del artículo 105 de la Ley de Minas , que estipula que el otorgamiento de explotación de una concesión de recursos mineros lleva implícita la declaración de utilidad pública, debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley del Parlamento de Galicia 13/1989, de 10 de octubre , de montes vecinales en mano común de Galicia, que

dispone que «los montes vecinales sólo podrán ser objeto de expropiación forzosa o imponérsele servidumbres por causa de utilidad pública o interés social prevalentes a los de los propios montes vecinales», interpretadas ambas disposiciones a la luz de la tutela del medio ambiente que garantiza el artículo 45 de la Constitución, como enfatiza con convincente rigor jurídico la sentencia recurrida, al tomar en consideración el valor ecológico de los montes vecinales en mano común "Merlán" y "Hospital", y de los espacios naturales protegidos colindantes, cuyo aprovechamiento racional contribuye al incremento del nivel de vida de las poblaciones afectadas.

XII.3.2. Procedimientos en materia de minas

XII.3.2.1. Informe preceptivo del Instituto Tecnológico Geominero de España -hoy día Instituto Geológico y Minero de España: es competencia del Estado y no de las Comunidades Autónomas. STS de 4 de octubre de 2012 (RC 279/2010)

Se equivoca la Sala de instancia al afirmar que la transferencia de competencias a la Generalidad de Cataluña supone que el susodicho informe puede ser en todo caso evacuado por los propios servicios técnicos de la Administración catalana. En efecto, una cosa es que las competencias ejecutivas sobre la materia minera hayan sido transferidas y otra cosa que pueda entenderse de manera mecánica y genérica que todos los trámites hayan sido necesariamente cumplimentados directamente por la Administración catalana. En particular en el caso de autos, el Reglamento minero menciona de manera expresa al Instituto Geológico y Minero de España, que al ser un organismo con funciones consultivas específicas y de ámbito territorial de toda España hace difícil que pueda sin más considerarse que con la mera transferencia de competencias a la Generalidad de Cataluña haya quedado reemplazado por un órgano catalán.

XII.3.2.2. Necesidad de acudir al procedimiento de resolución de discrepancias cuando la explotación minera afecte a un monte catalogado. STS de 11 de noviembre de 2010 (RC 5619/2007)

En efecto, la previsión un procedimiento de resolución de discrepancias sobre la ocupación de montes catalogados entre la Administración sectorial del Estado y las entidades locales a cargo del Consejo de Ministros ciertamente va más allá de lo dispuesto por la Ley, pero no entra en contradicción con la previsión legal, sino que complementa la Ley en un supuesto no expresamente previsto en ella y que tampoco puede considerarse que fuese deliberadamente excluido por el legislador. En consecuencia, su previsión en el Reglamento de la Ley de Montes no puede calificarse como un exceso ilegal en el ejercicio de la potestad reglamentaria. La misma solución se arbitra en otros supuestos de conflicto entre Administraciones, como los previstos en relación con instalaciones eléctricas (artículo 53.3 de la Ley del Sector Eléctrico-Ley 54/1997, de 27 de noviembre- para la declaración de utilidad pública o artículo 131.6 del Real Decreto 1955/2000. de 1 de diciembre, para el supuesto de aprobación de proyectos de ejecución).

XII.3.2.3. Interesados en el procedimiento

- Condición de interesado de la **entidad local propietaria de los terrenos** afectados por el aprovechamiento minero. STS de 3 de mayo de 2012 (RC 3379/2011)

La Administración competente en materia minera (en este caso, la Dirección General de Energía y Minas del Gobierno Vasco) no tenía, en efecto, obligación de considerar, de oficio, como interesada en el devenir ulterior de la concesión minera a la entidad local de Nanclares de Oca que, según se afirma, es propietaria de parte de los terrenos sobre los que se asienta la cantera, terrenos que arrendó a la empresa concesionaria. De hecho, no consta que desde la aprobación en el año 1995 del proyecto extractivo (documento primero de los adjuntos a la demanda) la entidad local hubiera reivindicado que se le notificasen aquéllas, tras haber demostrado que tuviera intereses legítimos afectados por las actuaciones administrativas correspondientes a la explotación mineral. Y en esa misma medida, el órgano autonómico no tenía por qué notificar necesariamente a la entidad local, mientras ésta no se personara en el expediente, todos y cada uno de los actos administrativos sucesivos que durante la vida de la concesión pudieran dictarse, entre ellos los relativos a la aprobación del plan de labores o a una modificación del proyecto de explotación que se limitaba a profundizar en la cota de la extracción de áridos hasta los 500 metros (en vez de los 520 iniciales).

Cosa distinta es que la Junta Administrativa de Nanclares de Oca, por estimar que las vicisitudes de la explotación afectaban a sus derechos o intereses de carácter público, distintos de los estrictamente limitados a sus relaciones contractuales con la concesionaria o derivados de su condición de propietaria de los terrenos, pudiera personarse ante la Administración autonómica competente en materia minera y solicitarle que le notificara las decisiones que afectaran a aquéllos o, al menos, que le permitiera acceder a los correspondientes documentos.

. Carácter de interesado del **propietario de los terrenos en el procedimiento de cambio de titularidad**. STS de 17 de septiembre del 2010 (RC 6114/2007)

En efecto, la entidad "De la Torre", en cuanto propietaria de los terrenos en los que radica la explotación minera detentaba derechos que podían resultar afectados por la decisión que se adoptara en el procedimiento de cambio de titularidad de la concesión de la explotación. Estos intereses de la actora no eran difusos o genéricos, antes bien, se concretizaban en un interés material y económico derivado no solo de la titularidad formal de los terrenos sobre los que se emplazan los trabajos de la concesión, sino también del dato de que, en principio, sería la nueva sociedad explotadora la responsable de abonar la indemnización periódica por la ocupación temporal de la finca de la recurrente y de llevar a efecto la restauración del espacio afectado por la actividad minera, según el Plan de restauración aprobado.

Por tal razón, compartimos la tesis planteada en el recurso en el sentido de que debió permitirse la personación de la entidad "De la Torre" en cuanto titular dominical en el expediente administrativo que autorizó la transmisión de la explotación minera, dado su interés en que se observara, respecto al nuevo titular de la concesión, la exigencia de solvencia técnica y económica a la que se refiere el artículo 123.1 del Reglamento General para el Régimen de la Minería aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de

agosto .

XII.3.2.4. Aspectos medioambientales del procedimiento

- **Necesidad de Estudio de Impacto Ambiental:** Su falta es determinante de nulidad. STS de 18 de julio de 2011 (RC 5789/2008)

Tratándose, pues, de una extracción de minerales a cielo abierto sobre un espacio natural protegido, cuya realización podía suponer un menoscabo a sus valores naturales, la actividad proyectada debió haber sido sometida al procedimiento de evaluación ambiental exigido por el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio , de Evaluación de Impacto Ambiental.

[...]La ausencia del procedimiento de evaluación ambiental, cuando fuera preceptivo, genera la nulidad del acto mediante el que se autoriza el proyecto que debió someterse a aquél.

- No tiene la **naturaleza de norma medioambiental la declaración de zona de reserva provisional a favor del Estado para la exploración de recursos.** STS de 17 de mayo de 2011 (RCA 104/2010)

Por ello, no estimamos que el Real Decreto 1999/2009, de 11 de diciembre, pueda calificarse de plan, programa o disposición de carácter general relacionados con el medio ambiente, a los que alude el artículo 16 de la Ley 27/2006 de 18 de julio, para anudar de forma extensiva el derecho de participación del público en asuntos de carácter medioambiental.

Declaración de zonas de reserva de recursos mineros en favor del Estado: no presupone el desarrollo de actividades que tengan incidencia directa en el medio ambiente, en cuanto que no supone la autorización de exploración la alteración o modificación de la realidad física afectada, al producir efectos jurídicos limitados, concernientes a que el Estado adquiera derechos de prioridad, lo que impide que los particulares puedan adquirir derechos relativos a la exploración de los recursos a los que la reserva se refiere. [...] No puede calificarse de plan, programa o disposición de carácter general relacionados con el medio ambiente.

- Declaración de Impacto Ambiental (DIA)

Naturaleza no decisoria. STS de 28 de mayo de 2012 (RC 1991/2009)

El hecho de que las declaraciones de impacto ambiental se aprueben mediante "resoluciones" administrativas no les confiere, insistimos, una naturaleza distinta de la que antes hemos subrayado. Aquellas declaraciones no son en realidad "tomas de decisiones", esto es, manifestaciones de la voluntad administrativa, sino la expresión - sin duda relevante- de un informe basado en estudios y análisis técnicos mediante el cual se "estiman" los efectos que la ejecución de un determinado proyecto puede causar sobre el medio ambiente, informe que ha de ser "tomado en consideración" por el órgano sustantivo que autorizará o rechazará a la postre el proyecto correspondiente. Con ellas se trata de facilitar a los órganos decisores "la información adecuada que les permita decidir sobre un determinado proyecto con pleno conocimiento de sus posibles

impactos significativos en el medio ambiente". Este mismo carácter no decisor deriva del artículo 6 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 (esto es, de la Directiva comunitaria cuya incorporación al Derecho español llevaron a cabo los Reales Decretos Legislativos antes citados) a tenor del cual "[...] los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las autoridades que puedan estar interesadas en el proyecto, debido a su responsabilidad específica en materia de medio ambiente, tengan la posibilidad de dar su dictamen sobre la solicitud de autorización".

Necesidad de DIA específica: no sirve el informe ambiental de otro procedimiento. STS de 2 de junio de 2009 (RC 4222/2006)

Baste añadir que el informe emitido en la fase de evaluación de impacto ambiental para el otorgamiento de una concesión minera tiene distinta naturaleza y alcance que el que habrá de emitirse como consecuencia de la apertura de un PORN [Plan de Ordenación de los Recursos Naturales], si se tiene en cuenta el detallado contenido de dichos Planes expresado en el artículo 4.3 y 4 de la Ley 4/89-conservación de recursos y ecosistemas, limitaciones a la vista del estado de conservación, medidas de conservación, restauración y mejora de esos recursos, etc.-, no siempre coincidente con el que es propio de la DIA. Hay que resaltar, además, la distancia temporal entre la emisión del primitivo informe y la fecha de otorgamiento de la concesión tres años después, lo que permite suponer al menos hipotéticamente el cambio de las circunstancias que se tuvieron presente en aquella declaración, que hacen necesaria una nueva información.

No puede obtenerse una DIA favorable por silencio administrativo positivo. STS de 28 de mayo de 2012 (RC 3720/2012)

Pues bien, una de las consecuencias lógicas y derivadas de nuestra doctrina es la inaplicabilidad del artículo 43 de la Ley 30/1992 a las declaraciones de impacto ambiental sujetas a los Reales Decretos Legislativos 1302/1986 y 1/2008. La falta de respuesta o la demora del órgano ambiental que sobrepase los "techos máximos" temporales de que dispone para emitir aquellas declaraciones podrán tener otros efectos pero no legitiman al solicitante de la autorización (quien, recordemos, lo que insta de la Administración es la autorización del proyecto en cuanto tal, petición principal de la que es meramente accesoria la solicitud de que se emita una previa declaración de impacto en sentido favorable) para "entenderla estimada por silencio", consecuencia jurídica a la que se refiere el artículo 43 citado.

XII.3.2.5. Caducidad del procedimiento destinado a declarar la caducidad de la concesión. STS de 27 de octubre de 2009 (RC 1726/2007)

El procedimiento que ahora examinamos, hemos indicado se tramita por la administración con la finalidad de comprobar el grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el concesionario de la explotación minera y en su caso, declarar la caducidad de las concesiones de explotaciones mineras referidas por causa de inactividad de la explotación o el incumplimiento de las obligaciones impuestas en el título concesional.

[P]or consiguiente hemos de entender prevalente a los efectos de su subsunción en los apartados del artículo 44 LPJPAC respecto a los procedimientos iniciados de oficio por la administración es, precisamente, que de la resolución impugnada deriva la extinción de un derecho previamente reconocido a una persona jurídica.

Por ello consideramos que es de aplicación el apartado segundo del referido precepto que se refiere a los procedimientos en que se ejercite al ejercicio de potestades sancionadoras o, en general, "de intervención", susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, en los cuales la no resolución en plazo determina la caducidad del procedimiento.

XII.3.2.6. Resoluciones administrativas en materia de Minas

XII.3.2.7. Naturaleza de los derechos que confiere: diferencia entre el derecho de aprovechamiento y los derechos derivados de la autorización de explotación. STS de 23 de marzo de 2012 (RC 7001/2010)

Es cierta la distinción que defiende la recurrente entre el derecho de aprovechamiento y la autorización de explotación; tratándose de recursos de la sección A), el referido derecho corresponde al dueño de los terrenos o a la persona a quien lo ceda (artículo 16 de la Ley de Minas), y la autorización de explotación tiene por mera finalidad permitir el ejercicio del derecho (artículo 17). Pero, como consecuencia de ello, la titularidad del derecho de aprovechamiento constituye un presupuesto inexcusable de la autorización, mientras que «la autorización que pueda haber concedido la Administración de minas no confiere el derecho al aprovechamiento porque solo autoriza su ejercicio» (Sentencia de 16 de marzo de 2004, RC 3076/1998).

Por causa de su vinculación, la comprobación de la concurrencia del mencionado derecho forma parte del procedimiento administrativo autorizador. Así se desprende de la obligación de la Administración de verificar la propiedad del terreno, establecida en el artículo 17.2 de la Ley, y del deber del solicitante de la autorización de presentar los documentos que acrediten el derecho al aprovechamiento cuando el yacimiento se encuentre en terrenos de propiedad privada o patrimoniales del Estado, provincia o municipio, que prevé el artículo 28.1 b) y c) del Reglamento. La relación de dependencia entre el derecho y la autorización resulta evidente en la norma del apartado 2 d) del art. 28 del Reglamento, la cual hace depender el plazo de la autorización de la duración del derecho a la explotación.

El efecto natural de esta vinculación o dependencia consiste en que el cese del derecho supone la extinción de la autorización. En tal sentido nos pronunciamos en Sentencia de 19 de octubre de 2005 (RC 2884/2002), en relación con la extinción del contrato de arrendamiento que confería al titular de la autorización el derecho al aprovechamiento.

XII.3.2.8. La duración es un elemento esencial de la autorización. STS de 23 de marzo de 2012 (RC 7001/2010)

Por otro lado, la duración o término de la autorización constituye una de sus condiciones o elementos esenciales. El ya citado artículo 28 del Reglamento, en su número 2 d), dispone que en la autorización de explotación se hará constar: el «Tiempo de duración de la autorización, que no podrá exceder de aquel que el peticionario tenga acreditado el derecho a la explotación». Por tanto, no implica una interpretación extensiva, y mucho menos errónea, considerar que la conclusión del derecho de explotación supone el incumplimiento de una de las condiciones de la autorización, como entendió esta misma Sala en la Sentencia de 19 de octubre de 2005 parcialmente transcrita.

XII.3.2.9. No es motivo para la denegación la preexistencia de otras concesiones mineras a favor de la misma solicitante (concesiones en cartera). STS de 24 de septiembre de 2010 (RC 1/2008)

Ocurre, sin embargo, que la supuesta falta de racionalidad de la explotación proyectada, que la Administración aprecia y la Sala acepta, no viene ligada en las resoluciones o en la sentencia a razones técnicas o de viabilidad económica del proyecto en sí, sino a circunstancias ajenas a él, aunque referidas a la sociedad solicitante. La preexistencia de otras concesiones mineras en poder de dicha sociedad es utilizada como criterio clave para denegar, bajo el argumento de que así se evitarían "concesiones en cartera". Argumento que, a nuestro juicio, no es suficiente en este caso para rechazar la racionalidad del proyecto y de la nueva explotación, sobre la base de las circunstancias ya expuestas.

En efecto, demostradas suficientemente la presencia de caliza, la viabilidad técnica y económica del proyecto de su explotación e incluso las ventajas ambientales y de otro orden que ésta presenta por su cercanía a otra explotación contigua similar y a la fábrica de cemento, el "aprovechamiento racional" de los recursos mineros objeto no puede ser negado tan sólo por la coexistencia de otras concesiones en manos de la sociedad solicitante. Si alguna de ellas no fuera objeto de una adecuada explotación, conforme a las prescripciones bajo las que fueron otorgadas y las demás exigencias de la Ley de Minas, la Administración podría en todo caso declarar su caducidad, como sucedería si ello ocurriera con la que fue objeto de solicitud en noviembre de 1992. Pero de ahí a presumir que la solicitante insta la aprobación de su nuevo proyecto tan sólo para "mantenerlo en cartera" hay un salto dialéctico que no se aviene con la recta interpretación de los preceptos de la Ley de Minas invocados en el primer motivo casacional. No es óbice a lo anterior el hecho de que en el pasado (1991, y por un plazo de cinco años según consta en la sentencia de instancia) se hubiera autorizado a la solicitante, en cuanto titular de varias concesiones de explotación para un mismo recurso, la concentración de labores conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley de Minas. Por un lado, en el año en que se dictan las resoluciones impugnadas (2005) las circunstancias de hecho eran diferentes. Por otro, y sobre todo, repetimos que no es posible negar por esta sola causa la racionalidad de la explotación del nuevo aprovechamiento instado, racionalidad que puede incluso ser mayor que la de otras concesiones preexistentes si en él concurren circunstancias de todo orden (entre otras, las referidas al menor impacto ambiental o a la mayor eficacia productiva, derivada de la cercanía a la planta cementera) que así lo determinen.

XII.3.2.10. Prórroga del permiso de investigación: plazo para solicitarla: interpretación flexible valorando el comportamiento de la Administración. STS de 14 de enero de 2011 (RC 4298/2008)

El Abogado del Estado se limita a insistir, sobre el tenor literal y formal del citado artículo del Reglamento antes citado [artículo 14.1.3 del Real Decreto 2362/76, de 30 de julio], que la solicitud de prórroga del permiso de investigación de hidrocarburos se había formulado de forma extemporánea, al haberse presentado con posterioridad a los tres meses previos a la expiración del permiso de investigación. Su tesis, sin embargo, no puede prosperar, pues parte de una interpretación excesivamente rigurosa y formalista del citado precepto, ajena a las vicisitudes e incidencias que tuvieron lugar durante la vigencia del permiso de investigación y omite las singulares circunstancias concurrentes en este caso.

Por contra, la Sala sentenciadora pondera razonadamente, la circunstancia que tilda de relevante, cual es que el Plan de Labores para el sexto año de vigencia, presentado en septiembre de 2003, no fue aprobado hasta el 28 de marzo de 2004. Y considera que tal actuación de la Administración implica que la expiración inicial del permiso de investigación -que, recordemos, finalizaba el 29 de marzo de 2004- quedaba materialmente aplazada hasta concluir la campaña sísmica complementaria autorizada. Por ello, concluye que carece de fundamento entender extemporánea la solicitud de prórroga del permiso de investigación formulada antes de tres meses del momento que en realidad y materialmente, había de entenderse que finalizaría la vigencia del permiso.

XII.3.2.11. Reclasificación de los aprovechamientos: momento en que han de concurrir los requisitos para ello. STS de 9 de junio de 2010 (RC 4197/2007)

[L]a solicitud de reclasificación debe entenderse presentada en el año 2002. Tal como ya hemos expresado, el cumplimiento de las condiciones se ha de exigir precisamente en el momento en que se pide a la Administración la reclasificación de los recursos mineros. Por ello quien la solicite debe aportar con su escrito los datos de hecho necesarios para corroborar, entre otras condiciones, que el importe de los productos vendidos en el año precedente ha excedido de los cien millones de pesetas. Tal como acabamos de poner de relieve, la propia solicitante de la reclasificación adjuntó a su petición los informes económicos correspondientes a los ejercicios 2000 y 2001.

La cifra expresiva de la dimensión económica de la cantera no puede referirse a hipotéticos años futuros ni siquiera a los datos del mismo año corriente en que se hace la solicitud cuando, como aquí sucede, resulta imposible expresar en julio de 2002 cuál es el volumen de facturación total de dicho año. No hay en ello margen para la discrecionalidad, de modo que la Administración pueda escoger a su elección qué años posteriores a la solicitud considerará relevantes. Otra cosa es que la empresa solicitante desista de una determinada petición y formule otra posterior, sobre hechos y ejercicios distintos de los expresados en la precedente.

XII.3.3. Compatibilidad y prioridad entre aprovechamientos

XII.3.3.1. La compatibilidad entre aprovechamientos mineros depende de criterios casuísticos. STS de 19 de noviembre del 2012 (RC 4584/2009)

Pero no es aceptable la tesis de la recurrente en cuanto hace descansar en criterios puramente genéricos las declaraciones sobre compatibilidad de aprovechamientos.

La compatibilidad entre aprovechamientos mineros aparece regulada en los artículos 22, 36 y 55 de la Ley de Minas y en los correlativos artículos 29, 55 y 74 del Reglamento, previendo tres supuestos: primero, las solicitudes de aprovechamiento de la sección A) dentro del perímetro de un permiso de investigación o de autorizaciones para el aprovechamiento de recursos de las secciones B) y C); segundo, las solicitudes de aprovechamientos de recursos de la sección B) dentro del perímetro de una autorización de explotación de recursos de la sección A), de la sección B) de distinta naturaleza o de un permiso de investigación o una concesión de explotación de recursos de la sección C), y, tercero, las solicitudes de permisos de investigación en terrenos afectados por alguna autorización de explotación de recursos de las secciones A) o B). Estas normas se completan con las contenidas en otros preceptos, como son el artículo 37 del Reglamento para la explotación de recursos de la sección A) declarados de interés nacional, o los artículos 5 y 7 de la Ley 54/1980, de 5 de noviembre, de modificación de la Ley de Minas, en lo respecta a los recursos de la sección D).

Aquellos preceptos, y en particular los artículos 55 de la Ley y 74 del Reglamento, que son los que aquí interesan, no parten de pautas generales para determinar la compatibilidad, entre las que se hallaría el hecho de recaer sobre el mineral que propugna la recurrente. Por el contrario, la regulación legal revela que la declaración de compatibilidad ha de basarse esencialmente en criterios casuísticos, como prueba su fundamento en elementos discrecionales de carácter técnico y, sin duda, la previa «confrontación sobre el terreno» que prevé el artículo 29 del Reglamento.

XII.3.3.2. Sólo es admisible una sola concesión de explotación de recursos de la sección C) sobre el mismo terreno. STS de 9 de junio de 2010 (RC 4275/2007)

La norma legal que regula esta cuestión es el artículo 22 de la Ley de Minas, que contempla el supuesto de que dentro del perímetro de una concesión para explotar recursos de la sección C) se solicitara autorización para recursos de la sección A). En estos casos no cabe conceder la autorización sin la previa declaración de compatibilidad de los trabajos respectivos, con audiencia de las partes interesadas. Sólo si los trabajos se declaran compatibles se podrá autorizar el aprovechamiento simultáneo de los recursos de la sección A). En caso contrario, si fueran declarados incompatibles, exige la Ley que la Administración determine "los que son de mayor interés o utilidad pública, que serán los que prevalezcan".

Cuarto.- La declaración de prevalencia de la concesión "El Aljibe" sobre la autorización solicitada por "Tico, S.A." era consecutiva a la de incompatibilidad y se basaba en el mayor interés de los recursos de la sección C) y en que la solución contraria favorecería el minifundismo, haría que no fuera racional la explotación del recurso y supondría una mayor afección al medio ambiente.

A) La incompatibilidad de la autorización y de la concesión derivaba de que el recurso de la Sección C) para el que se había otorgado esta última era milonita, recurso coincidente con el de la Sección A) solicitado por "Tico, S.A.", para su propia

autorización de aprovechamiento. Tratándose de la explotación de un mismo recurso mineral -aun cuando estuviera clasificado en diferentes secciones de la Ley de Minas, en virtud de las condiciones económicas de uno y otro título- la atribución a "Tico, S.A." de la autorización implicaría la simultánea merma de reservas en la concesión.

Dado que el otorgamiento de una concesión de explotación confiere a su titular el derecho al aprovechamiento de todos los recursos de la Sección C) que se encuentren dentro de su perímetro, era coherente y ajustada a derecho la declaración de incompatibilidad. Como bien afirmaba la Administración, con cita del artículo 82 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, sobre un mismo terreno no cabe otorgar más que una sola concesión de explotación minera de recursos de la Sección C), y, aun cuando en el caso de autos lo solicitado por "Tico, S.A." era una autorización de aprovechamiento de recursos de la sección A), en realidad se trataba de los mismos minerales afectados a la concesión a favor del titular de ésta. La explotación a "Tico, S.A." necesariamente interferiría en las reservas de material atribuidas a la titular de la concesión.

XII.3.3.3. Concesiones de distintas Secciones:

Incompatibilidad de una concesión de recursos de la sección C) con una explotación de recursos idénticos de la sección A). STS de 24 de marzo de 2010 (RC 3376/2007)

Pero estando formalmente otorgada y vigente una concesión de recursos de la sección C es perfectamente regular entender, como ha hecho la Administración autonómica, que no resulta compatible con ella una explotación de recursos idénticos de la Sección A, pues aunque una y otra sección se diferencien en el tipo de labor extractiva efectuada, no dejan de ser ambas explotaciones, la vigente y la solicitada, extracciones de calizas. A lo que se suma el que dada la explotación que ahora se realiza en la cantera "Lolita" -ilegítimamente según la recurrente- sería también clasificable en la sección A, con lo que habría dos titulares de explotaciones idénticas en el mismo perímetro, aunque ambas canteras se ubiquen en lugares distintos del mismo y aunque las reservas de calizas, según afirma la recurrente, sean suficientes para ambas explotaciones.

En definitiva, de existir irregularidades en la explotación efectuada en la actualidad en la concesión de la cantera "Lolita", procedería depurarlas para habilitar otras explotaciones o concesiones, pero lo que no resulta lógico es declarar la compatibilidad de una cantera de calizas de la Sección A en el mismo perímetro concedido para una concesión de explotación igualmente de calizas originariamente concedida como recursos de la Sección C. Tiene razón pues la Administración al entender que puede rechazar dicha compatibilidad en los términos del artículo 22 de la Ley de Minas y concordantes, sin perjuicio de lo que pudiera resultar procedente y pudiera instar la actora en relación con las labores efectivamente realizadas en la actualidad en la explotación de la cantera "Lolita".

XII.3.3.4. Prioridad entre aprovechamientos: no se determina en función del momento de la solicitud. STS de 19 de noviembre de 2012 (RC 4584/2009)

La prioridad entre aprovechamientos mineros no se determina en función del momento de la solicitud cuando se trata de autorizaciones de distinta naturaleza, sino del que resulte preferente para el interés público en caso de incompatibilidad. Ya declaramos en nuestra Sentencia de 29 de septiembre de 1994(RA 725/1992) que el enfrentamiento de aprovechamientos «debe resolverse no por el principio de prioridad en la solicitud (que era el aceptado por la vieja Ley de Minas de 1944) "sino por el principio de prevalencia del mayor interés o utilidad pública que la nueva Ley de Minas establece [...]».

Por ello dispone el artículo 22.1 de esta Ley que «si dentro del perímetro de un permiso de investigación [...] se solicitara autorización para recursos de la sección A), antes de concederse esta última deberá declararse la compatibilidad de los trabajos respectivos, con audiencia de las partes interesadas [y] Si fueran declarados incompatibles, deberán determinarse los que son de mayor interés o utilidad pública, que serán los que prevalezcan».

La prioridad temporal queda restringida a los supuestos previstos en los artículos 60.1 , 66.2 y 84.2 del citado Reglamento, relativos a los permisos de exploración e investigación y concesiones directas de explotación, preceptos que se corresponden con los aprovechamientos mencionados en el artículo 77 de la Ley de Minas y 100 del Reglamento. Estos dos últimos artículos establecen que en el libro registro se inscribirán, «por el riguroso orden en que fueren presentadas», «las solicitudes de permisos de exploración, de permisos de investigación y de concesiones directas de explotación».

XII.3.4. Caducidad de los derechos mineros

XII.3.4.1. La declaración de caducidad no es una sanción. STS de 23 de marzo del 2012 (RC 7001/2010)

La naturaleza sancionadora que la recurrente atribuye a esta institución resulta acertadamente negada por la Sala de instancia en virtud de una jurisprudencia que hemos reiterado en las Sentencias de 25 de octubre de 2004 (RC 4467/2001), 6 de octubre de 2009 (RC 1221/2000) y 25 de marzo de 2011 (RC 5434/2006). Esta, en términos inequívocos, declara: «No estamos, por tanto, ante una sanción administrativa, sino ante una obligación legal a cuyo incumplimiento de anudan unas consecuencias legales que afectan al derecho de la explotación, como es la caducidad».

XII.3.4.2. Necesidad de valorar la conducta del concesionario de acuerdo con el principio de proporcionalidad. STS de 5 de mayo de 2009 (RC 5141/2006)

[L]a Sala de instancia ha realizado una interpretación contraria al principio de proporcionalidad del artículo 86.3 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, que establece como causa de caducidad de las concesiones de explotación de recursos de la Sección C el incumplimiento grave o, en su caso, reiterado de las obligaciones impuestas por el artículo 62, párrafo cinco, o los artículos 70 y 71, pues no ha tomado

en consideración que en este supuesto, atendidas las circunstancias concurrentes particulares, no se había producido un incumplimiento reiterado y sin causa justificada de la obligación de presentar, dentro de los plazos reglamentarios, el plan de labores anuales, pues la obligación ex lege impuesta a los sucesores mortis causa de Don VICENTE ROTEA MARTÍNEZ, fallecido el 12 de enero de 2002, de notificar a la Delegación Provincial competente dicha circunstancia en el plazo de un año desde el fallecimiento, a los efectos de obtener la preceptiva autorización de la transmisión de derechos mineros, determina que no pueda derivarse automáticamente el incumplimiento de la obligación de presentación del plan de labores correspondiente al año 2003, cuando la Administración, que había autorizado la paralización de las labores mineras hasta el 10 de octubre de 2001, no desarrolló adecuadamente las funciones de inspección y de vigilancia de las explotaciones consideradas "San Antonio", en la medida en que no efectuó ningún requerimiento para que se reanudasen los trabajos ni acordó iniciar la incoación del procedimiento sancionador a que se refiere el artículo 70.2 del referido Cuerpo legal, por el incumplimiento de la obligación de presentación del plan de labores anuales correspondientes a 2002, 2003 y 2004, con el objeto de velar porque se logre, de modo efectivo, un mayor y mejor aprovechamiento de estos bienes del dominio público, que contribuyen al incremento de la riqueza nacional.

[S]ostenemos que de una interpretación sistemática del artículo 70.2 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, que establece el alcance de la obligación del titular de una concesión de explotación de recursos mineros de la Sección C de presentar anualmente el plan de labores, y que prescribe que «la falta de presentación de dicho plan será sancionada con multa, pudiendo, en caso de reincidencia sin causa justificada, acordarse por la Dirección General de Minas la caducidad de la concesión», con el artículo 86.3 del referido Cuerpo legal y el artículo 109 f) del Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por el Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, se desprende que constituye un presupuesto de aplicación de la causa de caducidad por incumplimiento reiterado de la obligación de presentar, dentro de los plazos reglamentarios (dentro del mes de enero de cada año, según el artículo 92.3 del Real Decreto 2857/1978), la reiteración, que obliga a que la Administración constate el comportamiento omisivo deliberado, persistente y contumaz del titular de la explotación, y que esa conducta no se encuentre amparada por la concurrencia de una causa justificadora, que evidencie que no se ha producido abuso de derecho o fraude de Ley.

XII.3.4.3. Plazo de caducidad: incidencia de la demora de la Administración. STS de 13 de febrero de 2012 (RC 1571/2009)

La Sala de instancia acierta en su planteamiento general, que culmina el inciso final de su fundamento jurídico cuarto: la falta de iniciación de los trabajos mineros en el plazo de caducidad concedido (en este caso, un año, tras la prórroga de los seis meses iniciales) determina aquel efecto, en principio de modo obligado. Pero la aplicación de esta regla, como todas en Derecho, no ha de ser mecánica, esto es, puede verse modulada en función de determinadas causas que introduzcan un mínimo de racionalidad en el proceso deductivo. De ahí que el tribunal sentenciador, con el mismo acierto, se pregunte si en el caso de autos no existían causas de la demora que "puedan enervar la caducidad", cuestión a la que responde de modo negativo por los motivos que

se han transcrito.

Es en este último punto donde discrepamos del fallo de instancia. Y es que entre los hechos no controvertidos figura uno que la Sala territorial no valora en su justa medida, cual es la tardanza de la Administración en autorizar la transmisión, a favor de los demandantes, de los derechos de la sociedad titular del primitivo permiso de explotación.

XII.3.4.4. Plazo de caducidad: no se suspende por el retraso de la Administración en resolver la solicitud de concentración de trabajos. STS de 12 de abril del 2010 (RC 3564/2007)

Frente a las alegaciones antes expuestas cabe compartir y asumir el razonamiento de la Sala de instancia que en una interpretación razonable de la legislación minera niega cualquier efecto suspensivo derivado de la mera tramitación de la solicitud de concentración de trabajos. No cabe establecer la artificiosa vinculación entre los procedimientos administrativos sobre la que se sustenta la impugnación, que carece de cualquier apoyo normativo. Por lo demás cabe resaltar, como se expone en la sentencia, que la petición de concentración se realizó en términos tales que determinaron su inviabilidad y que de lo actuado en el procedimiento en absoluto se desprende que tuviera incidencia alguna en la apreciación de la caducidad de la concesión de la explotación minera, razones que nos conducen a la desestimación del motivo.

XII.3.4.5. Caducidad por paralización de los trabajos:

- **No es necesaria la reincidencia.** STS de 12 de abril del 2010 (RC 3564/2007)

Frente a las razonadas apreciaciones de incumplimiento efectuadas por la Sala de instancia, la actora opone la exigencia de dos declaraciones formales previas de inactividad, adoptando un concepto de reincidencia formal procedente del derecho sancionador. En su interpretación sostiene que solamente procede la caducidad cuando concurren previas declaraciones de incumplimiento, esto es, dos requerimientos por parte de la Administración que confirmen la existencia de la reincidencia y que se interpreta inadecuadamente el término reincidencia como determinante de la declaración de caducidad, en contradicción con la definición que de la misma se hace en el artículo 131.3. c) de la LRJPAC de 26 de noviembre de 1992, que exige resolución firme previa sancionadora de infracción de la misma naturaleza, pues la declaración de caducidad que se contiene en el acto recurrido y que la sentencia de instancia declara conforme a Derecho, no lo respeta al imponer la caducidad cuando no se ha producido la reincidencia a la que los indicados preceptos conectan tal resolución.

No cabe acoger la tesis de la recurrente por cuanto del tenor literal del apartado g) del artículo 109 del Reglamento de Minas la reincidencia se refiere a un dato fáctico cual es la reiteración en la paralización no autorizada de los trabajos. No se refiere este precepto a la reincidencia que precise como presupuesto para operar la declaración previa de la paralización de los trabajos, en un sentido formal y estrictamente jurídico. Ha de tomarse en consideración que en este precepto no se configura la caducidad como una sanción, pues no se observa ningún rasgo o elemento característico definidor o propio

de las sanciones, sino como una consecuencia derivada del incumplimiento de una obligación legalmente establecida y que, según el tenor literal del precepto, la reincidencia ha de ponerse en conexión con la efectiva paralización de los trabajos, extremo este que como hemos indicado, la Sala considera suficientemente acreditado en autos y que es ajeno al debate casacional.

- Es preciso el **previo requerimiento de la Administración** para la reanudación de los trabajos. STS de 6 de octubre de 2009 (RC 1221/2007)

En este sentido, cabe significar que la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, distingue con nitidez en su artículo 86 como causas de caducidad de explotación de recursos de la sección C, el supuesto de incumplimiento grave o, en su caso, reiterado de las obligaciones impuestas por el artículo 62, párrafo cinco, o los artículos 70 y 71, entre los que se incluye realizar los trabajos con sujeción a los proyectos y planes de labores aprobados, cuyo desarrollo reglamentario se advierte en el artículo 109 e) del Reglamento General para el Régimen de la Minería, del supuesto de paralización de los trabajos sin autorización previa, en que es procedente que se requiera previamente al concesionario para que reanude los trabajos, salvo en los casos de reincidencia, en que no es necesario acordar dicho requerimiento para decretar la caducidad, de modo que cabe desconsiderar que la sentencia recurrida haya infringido el invocado artículo 86.4 de la Ley de Minas, puesto que no constituye la causa de caducidad que considera aplicable la Administración y enjuicia la Sala de instancia.

- **No es necesario el previo requerimiento de la Administración cuando se trata del incumplimiento reiterado de las prescripciones de los Planes de Labores.** STS de 20 de noviembre de 2009 (RC 2511/2007)

La tesis del recurrente en este segundo motivo consiste en que la Administración y la Sentencia que confirma la decisión de caducidad interpretan erróneamente la supuesta infracción cometida, al considerar la paralización de los trabajos sin tener autorización para ello, para lo cual era preceptivo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 84.4 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, haber efectuado el correspondiente requerimiento.

El motivo no puede prosperar. La Administración aplica al caso examinado la caducidad prevista en el apartado e) del artículo 109 del Reglamento General para el Régimen de la Minería excluyendo de forma expresa el apartado g) que, efectivamente, exige un previo requerimiento. Esta interpretación es confirmada de forma razonada por la Sala de instancia, que a partir de la ponderación del material probatorio obrante en autos concluye que concurren los elementos del precepto tomado en consideración por la Administración, consistente en el "incumplimiento reiterado de las prescripciones de los Planes de Labores". La interpretación administrativa, refrendada en vía judicial se ajusta a las previsiones del mencionado Reglamento de Minas, sin que se advierta que la selección de la norma se haya realizado de forma arbitraria o irrazonable.

- XIII. Puertos
 - XIII.1. Autoridades portuarias. Naturaleza
 - XIII.2. Concesiones sobre el dominio público portuario
 - XIII.2.1. Ampliación de plazo concurso público
 - XIII.2.2. Procedimiento concesional: rechazo a límine de la solicitud
 - XIII.2.3. Garantía prestada por el concesionario
 - Naturaleza del aval para asegurar las obligaciones del concesionario
 - Devolución del aval por silencio positivo
 - XIII.3. Licencias
 - XIII.3.1. Adquisición por silencio positivo
 - XIII.3.2. Licencias para prestar los servicios portuarios básicos
 - XIII.4. Puertos deportivos
 - XIII.4.1. Competencia de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales en materia de puertos deportivos
 - En general
 - En la fijación de los usos autorizados
 - XIII.4.2. Liquidaciones practicadas por el concesionario

XIII. Puertos

XIII.1. Autoridades portuarias. Naturaleza. STS de 8 de marzo de 2011 (RC 4149/2008)

Es cierto que las autoridades portuarias eran, según los términos del artículo 35 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante vigentes antes y después de la reforma introducida por la Ley 48/2003, organismos públicos con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar. Pero no es menos cierto que, antes y después de aquella reforma, "dependían" del Ministerio de Fomento y su innegable autonomía de gestión no puede hacer olvidar la naturaleza administrativa de las facultades ejercidas por las autoridades portuarias en orden a las autorizaciones y concesiones de dominio público, necesariamente vinculadas a las atribuciones de la Administración General del Estado al respecto, correspondiendo en última instancia al Ministerio competente (en su día el de Obras Públicas y Transportes, más tarde el de Fomento) la dirección de la política portuaria del Gobierno y las facultades superiores sobre las actividades de los organismos públicos a él vinculados. Y siendo ello así, insistimos, la autoridad portuaria no es parte "externa" en el procedimiento que se tramita por el Ministerio de Fomento para declarar la lesividad de sus actos ni tampoco parte "demandada" sino demandante, bajo la representación y defensa del Abogado del Estado que promueve la acción, en el recurso contencioso-administrativo.

XIII.2. Concesiones sobre el dominio público portuario

XIII.2.1. Convocatoria de concurso público para otorgar la concesión para la ocupación del dominio público portuario; ampliación del plazo. Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general. STS de 18 de octubre de 2012 (RC 2577/2009)

Debe rechazarse el extremo de la queja casacional fundada en el argumento de que no cabe, en el procedimiento de concurrencia de proyectos para la ocupación del dominio público portuario, regulado en el artículo 106 y siguientes de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, que la Autoridad Portuaria pueda decretar la ampliación del plazo, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puesto que en esta disposición legal, de carácter procedimental, se establece la facultad de la Administración de ampliar los plazos del procedimiento «salvo precepto en contrario». En este sentido, no cabe eludir que la Autoridad Portuaria puede convocar concurso para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario cuando concurren razones de interés general que lo aconsejen, lo que determina el archivo de los expedientes de concesión en tramitación que resulten afectados, según estipula expresamente el artículo 111.2 de la mencionada Ley 48/2003, de 26 de noviembre.

XIII.2.2. Procedimiento concesional: rechazo a limine de la solicitud sin necesidad de tramitar la totalidad del procedimiento. STS de 8 de noviembre de 2012 (RC 4527/2009)

En primer lugar, como ya advirtió el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, es incorrecta la cita que hace el recurrente de diversas normas sobre contratación pública que no guardan relación con el supuesto de hecho que late en el pleito. El procedimiento concesional en materia de puertos aparece regulado en los artículos 109 y 110 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, norma vigente en el momento de presentación de la solicitud.

Puesto que la solicitud fue rechazada a limine, no era necesario seguir el complejo procedimiento de otorgamiento de concesiones regulado en el citado artículo 110. La posibilidad de inadmitir la solicitud de los interesados sin cumplimentar todos los trámites del procedimiento no es ajena a las reglas generales (así, artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas) ni a las reguladoras de las concesiones portuarias, en cuyo ámbito el artículo 109.2 de la citada Ley 48/2003 preveía, en su redacción original, la inadmisión de las solicitudes opuestas de manera notoria al Plan Director, Plan de utilización, Plan Especial, o a la normativa vigente. El cumplimiento por el administrado de los requisitos formales de cualquier solicitud no confiere el derecho absoluto a la tramitación íntegra del procedimiento cuando el contenido de aquella revela, de forma manifiesta, su improcedencia, hasta el punto de que el diligenciado del resto del expediente se representa como superfluo.

XIII.2.3. Garantía prestada por el concesionario

- **Aval para asegurar las obligaciones del concesionario:** no tiene la naturaleza de prestación patrimonial de naturaleza pública a que se refiere el artículo 31.3 CE. STS de 30 de noviembre de 2010 (RC 6036/2007).

En modo alguno la constitución de un aval como garantía de las obligaciones aparejadas a una concesión puede ser calificada como una prestación patrimonial comprendida en el artículo 31.3 de la Constitución, que se refiere a las prestaciones coactivas impuestas por la Administración bajo una expresa cobertura legal. Los avales como garantía del cumplimiento de las obligaciones concesionales son, por el contrario, compromisos voluntariamente adquiridos por un particular precisamente con ese objetivo de responder del cumplimiento de obligaciones concesionales voluntariamente asumidas. Por lo demás, también la posibilidad de constitución de avales en los términos dichos está expresamente regulada por Ley, como señala el Abogado del Estado (en la actualidad, por la Ley de contratos del Sector Público - Ley 30/2007, de 30 de octubre-, artículos 83 y ss.; en concreto el artículo 84 .b) se refiere a los avales como garantía).

- **Devolución del aval por silencio positivo:** improcedencia. STS de 30 de noviembre de 2010 (RC 6036/2007).

El motivo debe ser rechazado por dos razones. En primer lugar, no es posible obtener por silencio positivo la restitución de un aval constituido en garantía de la integridad del dominio público, a tenor de lo previsto por el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 . En efecto, este precepto estipula que no es posible el silencio administrativo positivo en aquellos procedimientos en los que la estimación tuviera por consecuencia la transferencia al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público. Pues bien, en este caso el aval está constituido para asegurar la posible causación de daños al dominio público, daños que generan un derecho al resarcimiento en beneficio del dominio público asegurado por el aval, aseguramiento que quedaría anulado de restituirse dicho aval, que equivaldría así a la condonación de dicha garantía en beneficio del solicitante.

En segundo lugar, no es posible obtener por silencio positivo un aval cuyo destino definitivo -sea su pérdida para la entidad recurrente por el incumplimiento de condiciones concesionales, sea su devolución- está pendiente de un procedimiento judicial, como lo es el ya mencionado que instó la entidad recurrente contra la declaración de extinción de la concesión con pérdida de los avales presentados. La recurrente pudo efectivamente solicitar la devolución, pero denegada su petición por la Administración por las razones ya vistas no podría obtener tal devolución más que, en su caso, por vía del procedimiento que instó contra la declaración de extinción de la concesión con pérdida de los avales constituidos en garantía de su correcta ejecución.

XIII.3. Licencias

XIII.3.1. Licencia para prestación del servicio portuario: adquisición por silencio positivo: artículo 67.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general: excluye el

silencio positivo, aunque transcurra el plazo para que surta efecto, cuando la solicitud se oponga a lo establecido en el pliego regulador. STS de 10 de julio de 2012 (RC 1292/2009).

Como se expresa en los fundamentos que se han reproducido de la Sentencia impugnada, la Sala de instancia apreció que se había producido silencio positivo, pues entendió que la negativa a admitirlo por parte de la Administración suponía entrar en una compleja argumentación que privaría de sentido al instituto del silencio positivo.

La Administración, por su parte, considera que no se produjo silencio positivo porque el artículo 67.1, segundo párrafo, de la Ley 48/2003, cuya infracción denuncia, excluye que se produzca el silencio positivo aunque transcurra el plazo que contempla para notificar la resolución administrativa sobre petición de licencias para la prestación de servicios portuarios básicos cuando la solicitud "se oponga a lo establecido en el pliego regulador o en las prescripciones particulares del servicio". En el caso de autos, la razón por la que la Administración del Estado entendió que no podía operar el silencio positivo es que el incumplimiento de las condiciones establecidas en el pliego regulador del servicio era claro y sólo precisaba una mera operación aritmética, puesto que en la cláusula 3.c.1) de dicho pliego se requería a las empresas solicitantes un movimiento de carga mínimo de al menos 89.925 Tn. -cuyo cálculo, entiende la recurrente, no requería complejas argumentaciones, en contra de lo que afirma la Sala juzgadora-, mientras que la empresa solicitante se comprometió únicamente a tramitar 75.000 toneladas.

Pues bien, tiene razón la Administración recurrente en que si nos atenemos a la cifra expresa a la que se comprometió la empresa solicitante, podría sostenerse que el incumplimiento de los requerimientos fue claro, al depender de una simple operación aritmética.

[...] Sin embargo, tiene razón la codemandada en que junto a ese compromiso numérico expreso, la mercantil había insistido en el trámite de audiencia durante la tramitación de su solicitud que, en todo caso, se comprometía a los resultados requeridos por la Administración (folio 110 del expediente, apartado g), segundo párrafo). Así las cosas, aunque la concreta cifra antes mencionada resultase insuficiente, lo cierto es que la mercantil recurrente había insistido expresamente en que se comprometía al resultado exigido por las bases de la convocatoria, por lo que la referida cifra no podía considerarse como el compromiso único y definitivo. Esta circunstancia excluye, en efecto, que se pueda hablar de un incumplimiento claro y palmario de las condiciones del servicio por parte de la solicitud presentada por la solicitante, requisito inexcusable para entender que no se había producido el silencio positivo y que la Sala infringiera el precepto antes señalado.

XIII.3.2. Licencias para prestar los servicios portuarios básicos relativos a la manipulación y transporte de mercancías: no hay obstáculo legal para que las licencias singulares para prestar los servicios de manipulación y transporte de mercancías se limiten a uno solo de los espacios cuando existan varios. STS de 10 de diciembre de 2012 (RC 3410/2009).

Resulta, además, que el régimen jurídico de las licencias para prestar los servicios

portuarios básicos relativos a la manipulación y transporte de mercancías (artículos 60 y siguientes de la Ley 58/2003) admite con naturalidad dentro de los correspondientes espacios portuarios actividades comerciales o de servicios "que puedan realizarse en la totalidad de la zona de servicio del puerto o en parte de la misma". En sintonía con lo cual las respectivas licencias (artículo 68) han de precisar el "ámbito geográfico al que se extiende la prestación del servicio". Quiérese decir, pues, que no hay obstáculo legal para que, aprobado un pliego de cláusulas administrativas de explotación de un puerto de interés general que, a su vez, comprenda diferentes espacios portuarios (en este caso, los ya citados de Arinaga y Salinetas), las licencias singulares para prestar los servicios de manipulación y transporte de mercancías se limiten a uno solo de dichos espacios y no a la "totalidad" de ellos.

XIII.4. Puertos deportivos

XIII.4.1. Competencia de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales en materia de puertos deportivos

- **En general.** STS de 15/11/2012 (RCA 546/2010)

En relación con la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de puertos deportivos, a que alude el artículo 148.1.6ª de la Constitución, también referido en el Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido, para rechazar que se trate de una competencia propia municipal, de la sentencia constitucional 193/1998, de 1 de octubre, se desprende que la «indudable competencia autonómica» en esta materia no aboca a una desnaturalización de las competencias del Estado o de los municipios en relación con la titularidad demanial o las actividades y servicios náutico-deportivos o comerciales que se desarrollen en el espacio portuario.

En este sentido, en orden a determinar el alcance de la distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y municipios en materia de puertos deportivos, cabe poner de relieve que en la Ley del Parlamento de Cantabria 5/2004, de 16 de noviembre, por la que se regulan los Puertos de Cantabria, se prevén específicamente los mecanismos de coordinación y cooperación entre la Comunidad Autónoma de Cantabria y los municipios afectados por la construcción de puertos e instalaciones portuarias de titularidad de la Comunidad Autónoma, que comporta la iniciación del procedimiento de revisión o modificación del planeamiento urbanístico, estableciendo la participación del Ayuntamiento antes de la iniciación de las obras de ejecución proyectadas, que deberá emitir un informe, que, en el caso de que fuere desfavorable, aboca la competencia al Gobierno de Cantabria, que resolverá definitivamente.

[...]Por ello, conforme a la doctrina constitucional expuesta, consideramos que el objeto de la consulta municipal promovida por el Ayuntamiento de Castro-Urdiales, en razón de la singularidad del emplazamiento elegido para ejecutar el puerto deportivo, en la bahía de la ciudad, que comporta remodelar la fachada marítimo-terrestre, y que forma parte del entramado urbano existente entre el Paseo Marítimo y el Malecón, y que puede calificarse funcionalmente de equipamiento local, atendiendo a las características que se revelan en el informe del Director de Puertos de Cantabria de 9 de febrero de 2012, incorporado al ramo de prueba de las presentes actuaciones, entendemos que quedan afectadas directamente competencias propias del municipio en materia de seguridad en

lugares públicos y en materia de ordenación urbanística, enunciadas en el artículo 25.2 a) y d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, por lo que resulta procedente la convocatoria de la consulta propuesta, con la finalidad de que el Ayuntamiento cuente con la opinión de los vecinos, que puede ser determinante en la emisión del informe que exige el artículo 15.2 de la Ley del Parlamento de Cantabria 5/2004, de 16 de noviembre, de Puertos de Cantabria.

- **En la fijación de los usos autorizados.** STS de 15 de enero de 2009 (RC 1875/2006).

Pues bien, en ningún momento la Ley de Puertos canaria, la 14/2003, de 8 de abril, contempla la posibilidad, ni siquiera a título excepcional, de usos alojativos turísticos en la zona de servicios de los puertos. Es verdad que la Ley estatal de Régimen económico y de prestación de servicios de los Puertos de Interés General (Ley 48/2003, de 26 de noviembre), que reformó en profundidad la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (Ley 27/1992, de 24 de noviembre) en un sentido liberalizador de la gestión económica de los puertos, si lo hace en su artículo 94, pero es preciso advertir que dicha previsión sólo afecta a los puertos competencia del Estado, que son los declarados de interés general. Y semejante posibilidad legal no es posible extenderla a los puertos de competencia autonómica, ya que se trata de una posibilidad excepcional abierta por el legislador estatal para sus propios puertos frente a la prohibición de alojamientos turísticos en la zona de servicios del puerto, que es la regla general tanto en su propia Ley (artículo 94) como en la Ley canaria (artículos 6 y 43).

En efecto, por un lado, no es posible considerar que dicha previsión de la Ley del Estado para los puertos de su competencia sea directamente aplicable a los puertos de competencia autonómica, ya que ello vulneraría las atribuciones de las Comunidades Autónomas en la materia, precisamente la que la Comunidad recurrente aduce en su segundo motivo (la competencia exclusiva sobre sus puertos). Por otra parte, tampoco puede admitirse una hipotética aplicación supletoria de dicha previsión bajo la cobertura del artículo 149.3 de la Constitución. Ciertamente, aquí podría hablarse de un supuesto en el que dicha aplicación supletoria es a priori posible, puesto que nos encontramos con una norma estatal sobre la misma materia específica de puertos y dictada por el Estado en ejercicio de sus propias e indiscutidas competencias, en concreto la de puertos de interés general reconocida en el artículo 149.1.20 de la Constitución. Sin embargo, no es posible admitir una supletoriedad contra legem, como lo sería en un supuesto en el que la Ley autonómica no contempla la posibilidad de usos alojativos turísticos en la zona de servicios de los puertos, ya que sólo admite los usos portuarios para los bienes integrados en la zona de servicios (artículos 6.4, 6.5 y 43).

Nos encontramos entonces con que la posibilidad contemplada en el precepto reglamentario anulado carece de cobertura legal y es contraria a las previsiones tanto de la Ley de Costas como de la propia Ley de Puertos canaria, que no incluye entre los usos posibles en la zona de servicios de los puertos los de alojamiento turístico.

XIII.4.2. Liquidaciones practicadas por el concesionario de los gastos que han de soportar los usuarios: no disponen de la naturaleza de tasa o precio público. STS de 30 de noviembre de 2012 (RC 4591/2009).

Conforme al Capítulo II del Anexo II del reglamento de explotación y policía del puerto deportivo «Las Fuentes», así como la índole de los conceptos que integran la

liquidación, esta responde a la obligación de todo copartícipe de contribuir a los gastos comunes que es inherente a la situación de comunidad (artículo 395 del Código Civil). Con razón la Sala de instancia reproduce el número 9, que preside el mencionado Capítulo, y del que deriva la liquidación. Tal estipulación, bajo el título de «Contribución a los gastos y su imputación», establece: «Corresponde a los titulares de los derechos de uso y disfrute de amarres, locales comerciales, pañoles, talleres y a los propietarios de los apartamentos sufragar todos los gastos de administración, vigilancia, electricidad o iluminación general o especial de la zona, marinería, gas, limpieza, conservación, mantenimiento y reparación de las instalaciones, tasas, arbitrios y seguros, así como cualquier gasto de carácter general que pudiese surgir».

Como se dice en la sentencia impugnada, no nos hallamos ante tarifas o tasas portuarias ni otras prestaciones patrimoniales de carácter público, sino a la simple operación de imputar y distribuir los gastos comunes entre los distintos partícipes. La condición de concesionaria que posee la entidad liquidadora y la presencia del dominio público del puerto no modifican por sí solos la naturaleza de las prestaciones exigidas.

XIV. Seguros

XIV.1. Planes de pensiones

XIV.2. Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional

XIV. Seguros

XIV.1. Planes de pensiones

“Dentro de los regímenes de pensiones de los trabajadores de carácter "privado" y ajenos al ámbito de la Seguridad Social, los planes de pensiones de la modalidad denominada "sistema de empleo" se caracterizan por la doble y recíproca condición subjetiva de sus protagonistas, esto es, tanto de sus sujetos constituyentes (promotor y partícipes) como de sus elementos personales (sujetos constituyentes y beneficiarios). El rasgo característico de los planes de pensiones del sistema de empleo frente a otras modalidades (planes asociados y planes individuales) es que el promotor puede ser cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa, y que sus partícipes han de ser precisamente los "empleados" de la entidad promotora (artículo 4.1 del Texto Refundido). El desarrollo del plan de pensiones del sistema de empleo determina la creación de un patrimonio ("el fondo de pensiones") afecto al exclusivo objeto de proporcionar las prestaciones de jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad e invalidez a quienes tengan derecho a ellas, en los términos definidos por el propio plan, cuando se produzcan las contingencias correspondientes. Para mayor claridad, pueden denominarse "prestaciones de jubilación" aun cuando, propiamente, incluyan las ya citadas. El plan de pensiones "de empleo" define, pues, los derechos de las personas a cuyo favor se constituye así como las obligaciones de contribución al mismo y las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que ha de afectarse al cumplimiento de los derechos reconocidos (artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo). En todo caso el plan de pensiones del sistema de empleo ha de respetar los principios de no discriminación (apertura a todo el personal empleado por el promotor aun cuando puede exigírsele una antigüedad no superior a dos años); capitalización (las prestaciones se ajustan a los sistemas financieros y actuariales de capitalización); irrevocabilidad de aportaciones; atribución de derechos a los partícipes e integración obligatoria de las

contribuciones de promotor y partícipes en un fondo de pensiones. La importancia social de estos regímenes de pensiones como instrumentos para "complementar" (en sentido amplio) los de Seguridad Social va pareja a su relevancia financiera pues, como afirma la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y supervisión de los fondos de pensiones de empleo, y recoge la Ley 11/2006, de 16 de mayo, que la transpone a nuestro ordenamiento (disposiciones ambas inaplicables *ratione temporis* al caso de autos), los fondos de pensiones de empleo desempeñan un papel clave en la integración, eficiencia y liquidez de los mercados financieros. De ahí que la normativa comunitaria citada trate de abrir el camino hacia un "mercado interior de la previsión ocupacional para la jubilación organizada a escala europea" con el objetivo simultáneo de "reforzar el modelo social europeo" y promover el mercado interior de los servicios financieros.

La Ley 24/2001 dispuso que el funcionamiento y la ejecución de cada plan de pensiones del sistema de empleo será supervisado por una comisión de control constituida al efecto. Las funciones de la comisión de control del plan son esenciales para la vida de éste, pudiendo ser calificada como la institución clave en el seno de los planes de pensiones del sistema de empleo y verdadera representante de los intereses de los partícipes y beneficiarios. La Comisión es, en efecto, precisamente el órgano que supervisa y controla el cumplimiento de las cláusulas del plan en las que se plasman los derechos de sus partícipes y beneficiarios. Además de seleccionar "el actuario o actuarios que deban certificar la situación y dinámica del plan", la comisión de control de los planes de empleo nombra sus propios representantes en la comisión de control del fondo de pensiones (esto es, del patrimonio adscrito y afectado al cumplimiento del plan), pudiendo incluso constituirse ella misma en comisión de control del fondo cuando éste integre un único plan de pensiones (artículo 14.1.a) del Real Decreto Legislativo). Y esta última, a su vez, entre otras funciones relevantes (artículo 14.2 del Real Decreto Legislativo), examina y aprueba la actuación de la entidad gestora del fondo, pudiendo incluso sustituirla. La comisión de control de los planes de empleo decide en las demás cuestiones sobre las que la Ley le atribuye competencia y representa judicial y extrajudicialmente los intereses de los partícipes y beneficiarios en relación con el plan de pensiones. En cuanto órgano que canaliza la intervención de partícipes y beneficiarios (además del promotor) ha sido acertadamente considerada, junto con la comisión de control del fondo, con la que puede identificarse en los términos ya dichos, como el centro neurálgico del plan/fondo y el mecanismo mediante el que se instrumenta la autotutela colectiva de aquéllos" (STS de 4 de abril de 2011 – RCA 4/2005-).

XIV.2. Real Decreto 764/2010, de 11 de junio, por el que se desarrolla la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional

Sobre la constancia en los libros-registro del domicilio del tomador (...) tanto en este como en otros requisitos exigidos por el Real Decreto impugnado a los que la actora achaca falta de justificación, la queja se basa en argumentos técnicos sobre oportunidad y conveniencia de la medida que no afectarían a su legalidad y que no pueden prevalecer sobre el criterio de la Administración. En el supuesto de la constancia en los libros-registro del domicilio del tomador del seguro, el criterio de la Administración se basa en un juicio técnico sobre los datos que deben constar en los libros-registro para un

mayor control de la actividad aseguradora que no resulta arbitrario ni manifiestamente irrazonable, por mucho que a la entidad recurrente le pueda parecer innecesario. Sin que tampoco pueda esgrimirse como causa de ilegalidad el que la constancia de dicho dato no sea una exigencia comunitaria, puesto que la Administración tiene habilitación suficiente como para decidir los datos que deben constar en función de su propio criterio más allá de las exigencias mínimas que puedan derivarse de la normativa comunitaria

Sobre los requerimientos de formación a los mediadores de seguros (...) El silencio legal que la parte recurrente considera impeditivo de la regulación que se impugna no excluye que el Gobierno, en ejercicio de su potestad reglamentaria y al amparo de la amplia habilitación que la Ley incorpora en la disposición final segunda, haya completado las exigencias de formación en relación con el personal auxiliar en los términos en que lo hacen los preceptos que se impugnan. Se trata en los dos casos de exigencias complementarias, propias de un desarrollo reglamentario de la ley y que en modo alguno pueden calificarse de carentes de sentido o incursos en arbitrariedad, pues las mismas sólo pueden redundar en beneficio del mejor desempeño de la actividad de mediación de seguros. En definitiva, la Ley ha previsto el régimen formativo de los mediadores de seguros y el reglamento ha añadido determinadas exigencias formativas al personal auxiliar; semejante complemento no puede considerarse un exceso reglamentario habida cuenta tanto del carácter accesorio de las exigencias que se añaden cuanto de la referida habilitación legal expresa al desarrollo reglamentario (STS de 22 de noviembre de 2011 –RCA 372/2010-).

- XV. Subvenciones
 - XV.1. Cuestiones generales
 - XV.1.1. Naturaleza
 - XV.1.2. Carácter potestativo o discrecional
 - XV.1.3. Supresión de ayudas por causa de la crisis económica
 - XV.1.4. Normativa aplicable
 - XV.1.5. Improcedencia de alterar con carácter retroactivo las condiciones
 - XV.1.6. Especialidad del régimen de Canarias
 - XV.1.7. Incentivos Económicos Regionales: fundamento
 - XV.1.7.- Incentivos Económicos Regionales: fundamento.
 - XV.2. Procedimiento subvencional en general
 - XV.2.1. Motivación de los actos de concesión o denegación
 - XV.2.2. Condicionamiento por las disponibilidades presupuestarias
 - XV.2.3. Discrecionalidad administrativa en su concesión
 - XV.2.4. Vinculación de la administración a los actos de concesión anteriores
 - XV.2.5. Trato discriminatorio
 - XV.2.6. Motivos concretos de denegación
 - XV.2.7. Modificación de las condiciones de la subvención
 - Modificación del proyecto inicial subvencionado
 - Transmisión de la cualidad de beneficiario
 - XV.2.8. Consecuencias de la estimación del recurso contencioso-administrativo contra la denegación de la subvención.
 - XV.3. Procedimiento de incumplimiento o de control
 - XV.3.1. Distinción con el procedimiento de reintegro
 - XV.3.2. No exigen la revisión de oficio
 - XV.3.3. Audiencia de los interesados
 - XV.3.4. Información previa
 - XV.3.5. Caducidad
 - XV.4. Procedimiento de reintegro
 - XV.4.1. Normativa aplicable
 - XV.4.2. Naturaleza
 - XV.4.3. Suspensión por prejudicialidad penal
 - XV.4.4. Resolución acordando el reintegro
 - XV.4.5. Aplazamiento del reintegro: silencio administrativo

- XV.5. Prescripción de las acciones de la Administración
 - XV.5.1. Distinción entre la prescripción de la acción de control y la acción de reintegro
 - XV.5.2. Interrupción de la prescripción
 - XV.5.3. Prescripción de la acción de control
- XV.6. Obligaciones del beneficiario
 - XV.6.1. Momento en que nacen las obligaciones
 - XV.6.2. Obligación de aceptación
 - No es exigible si la concesión está pendiente de recurso
 - Necesidad de aceptación de la modificación de la subvención
 - XV.6.3. Cumplimiento de las condiciones de la subvención y prórroga del plazo
 - Está condicionada a la concurrencia de motivos de interés público
 - Es una facultad discrecional de la Administración
 - Ha de solicitarse antes del vencimiento del plazo
 - XV.6.4. Obligación de autofinanciación: no se cumple mediante el préstamo participativo
 - XV.6.4. Obligaciones relativas a la inversión
 - Inicio de la inversión anterior a la solicitud
 - Inversión en terrenos
 - Obligaciones inherentes a la principal de la inversión: licencia de obras
 - Demora en la justificación de la inversión efectivamente realizada
 - Documentos justificativos de la inversión
 - XV.6.5. Obligación de creación de empleo
 - Importancia que reviste en materia de incentivos regionales
 - Forma de cumplimiento:
 - o Cálculo de la media de empleos
 - o Imposibilidad de acudir al momento de terminación de la obligación
 - o Trabajadores en excedencia y subcontratados
 - o Trabajadores latentes
 - o Trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos
 - o Bajas voluntarias
 - o Traspaso de trabajadores de un centro a otro
 - o Destrucción de empleo
 - XV.6.7. Obligación de colaborar con la labor administrativa de comprobación: deber de informar de los cambios de domicilio
 - XV.6.8. Obligación de justificación del beneficiario
 - Momento en que debe cumplirse
 - Medios de justificación
 - XV.6.9. Incumplimiento de las condiciones por el beneficiario. Causas de fuerza mayor
 - XV.6.10. Principio de proporcionalidad en la graduación del incumplimiento
 - En general
 - En relación a la inversión de fondos propios
 - En relación con la creación de empleo

XV. Subvenciones

XV.1. Cuestiones generales

XV.1.1. Naturaleza de las subvenciones: carácter modal. STS de 2 de noviembre de 2011 (RCA 350/2010). En sentido semejante: SSTS de 16 de marzo de 2012 (RC 1699/2010), 22 d marzo de 2012 (RC 966/2009), 14 de junio de 2012 (RC 4062/2009) y 5 de noviembre de 2012 (RC 6930/2009).

[L]a subvención se configura tradicionalmente como una medida de fomento que utilizan las Administraciones Públicas para promover la actividad de los particulares o de otras Administraciones Públicas hacia fines de interés general que representa o gestiona la Administración concedente.

Según resulta de la jurisprudencia reiterada de esta Sala, expresada entre otras en las sentencias de 7 de abril de 2003 (RC 11328/1998), de 4 de mayo de 2004 (RC 3481/2000), de 17 de octubre de 2005 (RC 158/2000) y de 20 de mayo de 2008 (RC 5005/2005), la naturaleza de la medida de fomento administrativo puede caracterizarse por las notas que a continuación se reseñan:

« En primer lugar, el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquéllas.

En segundo término, el otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica.

Por último, la subvención no responde a una «causa donandi», sino a la finalidad de intervenir en la actuación del beneficiario a través de unos condicionamientos o de un «modus», libremente aceptado por aquél. Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión (Cfr SSTS 20 de junio, 12 de julio y 10 de octubre de 1997, 12 de enero y 5 de octubre de 1998, 15 de abril de 2002 «ad exemplum»).

Nuestra jurisprudencia, según se refiere en la sentencia de 20 de mayo de 2003 (RC 5546/1998), ha reconocido el carácter modal de la subvención o, si se prefiere, su naturaleza como figura de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria, cuyo incumplimiento determina la procedencia de la devolución de lo percibido sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derechos que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJ y PAC. Y es que la

subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una causa donandi, sino a la finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un modus, libremente aceptado por el beneficiario en la actuación de éste».

STS de 15 de diciembre de 2009. RC 2571/2007:

“Resulta pertinente recordar que la subvención se configura tradicionalmente como una medida de fomento que utilizan las Administraciones Públicas para promover la actividad de los particulares o de otras Administraciones Públicas hacia fines de interés general que representa o gestiona la Administración concedente.

Según resulta de la jurisprudencia reiterada de esta Sala, expresada entre otras en las sentencias de 7 de abril de 2003 (RC 11328/1998), de 4 de mayo de 2004 (RC 3481/2000), de 17 de octubre de 2005 (RC 158/2000) y de 20 de mayo de 2008 (RC 5005/2005), la naturaleza de la medida de fomento administrativo puede caracterizarse por las notas que a continuación se reseñan:

«En primer lugar, el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquéllas.

En segundo término, el otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica.

Por último, la subvención no responde a una «causa donandi», sino a la finalidad de intervenir en la actuación del beneficiario a través de unos condicionamientos o de un «modus», libremente aceptado por aquél. Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión (Cfr SSTS 20 de junio, 12 de julio y 10 de octubre de 1997, 12 de enero y 5 de octubre de 1998, 15 de abril de 2002 «ad exemplum»).

Nuestra jurisprudencia, según se refiere en la sentencia de 20 de mayo de 2003 (RC 5546/1998), ha reconocido el carácter modal de la subvención o, si se prefiere, su naturaleza como figura de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria, cuyo incumplimiento determina la procedencia de la devolución de lo percibido sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derechos que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJ y PAC. Y es que la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una causa donandi, sino a la

finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un modus, libremente aceptado por el beneficiario en la actuación de éste».

La proyección de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso enjuiciado, permite desestimar el primer motivo de casación, puesto que en relación con el mantenimiento de la inversión proyectada constatamos que el beneficiario ha incumplido la condición particular impuesta de mantener la inversión durante cinco años en la zona, a contar desde el fin del plazo de vigencia, que exigía el mantenimiento en funcionamiento durante ese período de la planta de La Carolina, que no puede calificarse de accesoria o intrascendente, a los efectos de cumplir los objetivos de la subvención concedida”.

XV.1.2. Carácter potestativo o discrecional. STS de 11 de noviembre de 2011 (RC 799/2009)

La sentencia de la Sala de instancia no ha desconocido la jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sobre el alcance y los perfiles delimitadores del carácter potestativo o discrecional de la concesión de las subvenciones al amparo de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de Incentivos Regionales y los Decretos que la desarrollan, que se resume en la sentencia de 22 de septiembre de 2000 (RC 3260/1993), aplicada a la convocatoria de la Junta de Andalucía de ayudas para la promoción y desarrollo del sector industrial, al expresar que «en la concesión de beneficios o incentivos regionales puede ocurrir que el órgano decisor esté "[...] condicionado por el límite de los recursos económicos disponibles, razón por la cual tiene que seleccionar entre las solicitudes concurrentes, prefiriendo aquellas que más eficazmente realicen el objetivo de promover el desarrollo regional, razón que justifica la utilización de esta técnica de fomento, [...] para paliar a través de ella las consecuencias perjudiciales de los desequilibrios interterritoriales y coadyuvar así a la solidaridad entre las diversas partes del territorio español".

«Pero esta facultad administrativa de evaluar discrecionalmente el grado de prioridad otorgable a un proyecto o a otro en función de criterios de desarrollo regional no debe confundirse, sin embargo, con el juicio sobre el cumplimiento de los presupuestos o requisitos objetivos que han de cumplir todos los proyectos presentados, de modo que se debe atender al carácter bipolar de esta facultad que si, por un lado, habilita a la Administración para fomentar la actividad subvencionable, por otro lado no permite a esta misma Administración negar sin más la subvención cuando la actividad que pretenda acogerse al régimen de incentivos regionales esté comprendida en uno de los sectores promocionables, reúna los demás requisitos objetivos exigidos en los correspondientes Reales Decretos y no deba ser pospuesta, en los límites de las disponibilidades presupuestarias, ante otras solicitudes que puedan reputarse más apropiadas para el cumplimiento de los fines a que tienden aquellos incentivos.».

XV.1.3. Supresión de ayudas por causa de la crisis económica. STS de 6 de febrero de 2012 (RCA 175/2011). Reiterado en el RCA 179/2011 de la misma fecha

[...] Ante un escenario de profunda crisis financiera, creciente déficit público y necesarios reajustes presupuestarios, situación bien conocida por todos los agentes económicos en los ejercicios 2009 y 2010, no resulta discutible la capacidad normativa -ajustada al rango debido de cada disposición- de que gozan los poderes públicos para reducir o suprimir, a partir de un momento dado (en este caso diciembre de 2010) y respecto del período bienal siguiente, las ayudas públicas, con cargo a los presupuestos, otorgables a los diversos sectores productivos o a las empresas y sujetos individuales que hasta entonces se beneficiaban de ellas. No puede oponerse a dicha capacidad normativa la supuesta confianza de los beneficiarios en que se mantendrían sin variaciones, fuera cual fuera el escenario económico, y en los mismos términos previstos en el año 2008, las subvenciones correspondientes.

XV.1.4. Normativa aplicable: la vigente al tiempo de la solicitud. STS de 26 de Noviembre del 2012, RC 2612/2009

Carece de sentido, por lo demás, pretender que la concesión de las subvenciones deba regirse por las normas "vigentes al término de las obras" a cuya realización contribuyen (tal como propugna la recurrente) y no por las contenidas en la bases reguladoras de la ayuda, que son precisamente las que condicionan su otorgamiento y a las que deben atenderse tanto quienes las solicitan como los órganos administrativos que las conceden.

XV.1.5. Improcedencia de alterar con carácter retroactivo las condiciones pactadas en base a las normas vigentes al tiempo de la solicitud. STS de de 25 de abril de 2012 (RCUD 5050/2011). Reproduce la STS, Sección 4ª, de 18 de mayo de 2009 (RC 3826/2007)

Pues además de que es cierto como el recurrente pone de manifiesto que el Decreto 127/92 entre otros en su artículo 14 , endurece y altera las condiciones establecidas en los Reales Decretos 378/93 de 12 marzo, 2086/94 de 20 de octubre y 152/96 de 2 de febrero y en los Decretos de la Junta de Andalucía 73/93, 50/95 y la Orden de 20 de marzo de 1995, al amparo de los cuales se concentraron distintas ayudas, y supondría por tanto el alterar con carácter retroactivo las condiciones pactadas en base a los normas anteriores, es lo cierto, que es el propio Decreto 127/92, el que en su Disposición Transitoria Cuarta , expresamente dispone que "los expedientes de ayuda aprobados al amparo de la normativa anteriormente vigente continuarán rigiéndose por esta y en lo no previsto en dicha normativa se regirán por el presente Decreto", y por tanto si la Disposición Transitoria Única del Decreto 31/2005, dispone sin excepción alguna, como se ha visto, que las ayudas para fomentar las inversiones forestales aprobadas durante el período 93/98 se regirán por el Decreto 127/92, es claro también que esa previsión va en contra de la propia Disposición Transitoria Cuarta , citada, pues

sin respetar el régimen de las ayudas concertadas y regidas por normativa anterior somete a todas las obtenidas durante el periodo 93/98 al régimen del Decreto 127/92, alterando el régimen antes pactado y que la respetaba la Disposición Transitoria Cuarta del propio Decreto 127/92, y le da a este Decreto una aplicación retroactiva, alterando y endureciendo el régimen de ayudas existente y concertado, con lo que ciertamente comporta una aplicación retroactiva que afecta a derechos adquiridos y que por ello no está permitida en nuestro ordenamiento conforme a los preceptos que el recurrente invoca, artículos 57 y 106 de la Ley 30/92 y 9.3 de la Constitución Española. Sin olvidar como también se ha referido, que esa previsión de la norma impugnada va en contra de los propios términos del Decreto 127/92 que trata de aplicar, pues su aplicación se dispone para las ayudas habidas en el periodo 1993 a 1998, sin excepción alguna y es el propio Decreto 127/92 el que en su Disposición Transitoria Cuarta respetaba el régimen para las ayudas aprobadas al amparo de la normativa anterior." (fundamento de derecho tercero)

XV.1.6. Especialidad del régimen de Canarias. STS de 11 de Febrero del 2011, RC 3297/2008

El motivo debe ser rechazado. La Sala en los razonamientos jurídicos de la sentencia recurrida ciertamente examina la norma invocada, con cita y transcripción de la Exposición de Motivos y del artículo 20 de la Ley 19/1994 de 6 de julio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias y realiza una serie de consideraciones que se exponen en el fundamento jurídico quinto, de las que discrepa la recurrente. No obstante, aun cuando las genéricas reflexiones expuestas por la sala puedan ser más o menos acertadas, sucede que estas no inciden ni resuelven de forma directa el tema litigioso, pues, la aplicación de la aludida norma sobre el régimen económico y fiscal de Canarias al caso de autos no sería determinante para el reconocimiento de la subvención, vistas las razones que sustentan la denegación que, como hemos indicado, son de diversa naturaleza y no han sido oportunamente desvirtuadas por la recurrente. Esto es, aun cuando se dotara de la máxima flexibilidad al funcionamiento de los incentivos regionales y a la localización de las inversiones en las islas; según reza la norma invocada- es lo cierto que subsisten las razones que fundamentaron en su día la denegación de la subvención y, según hemos indicado la interpretación y consideración que de la citada Ley realiza la sala de instancia no resulta decisiva ni relevante en la decisión final adoptada.

XV.1.7. Incentivos Económicos Regionales: fundamento. STS de 20 de abril del 2010 (RC 3000/2007)

Tanto el artículo 8.1 del Real Decreto 652/1998, de 24 de junio, de creación y delimitación de la zona de promoción económica de Andalucía, como el sistema de incentivos regionales del que trae causa (a partir de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre y el Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre) atiende en principio a criterios decididamente territoriales. Se trata de fomentar unos instrumentos de desarrollo regional, circunscritos a determinadas zonas que se consideran más necesitadas de inversiones empresariales, precisamente en atención a la desfavorecida situación económica y social de aquéllas. Las ayudas públicas para estas zonas asistidas tienen, pues, una finalidad regional, que es precisamente lo que justifica su aceptación

por la Comisión Europea dentro del marco del régimen de incentivos a regiones desfavorecidas.

A partir de esta premisa, lo relevante será, en principio, que el proyecto de inversión tenga incidencia positiva en la mejora económica y laboral de la específica región o zona en cuya consideración se otorga el incentivo, en este caso Andalucía.

XV.2. Procedimiento subvencional en general

XV.2.1. Motivación de los actos de denegación o concesión. STS de 29 de marzo del 2012 (RC 2940/2010)

En materia de subvenciones y ayudas públicas, la obligación de motivar «ha sido constantemente reconocida por las numerosas Sentencias que hemos dictado sobre la denegación de subvenciones como la de autos; en los correspondientes recursos se ha podido debatir sobre el mayor o menor grado de suficiencia de la motivación, en concreto, pero nunca se ha dudado de la exigencia de ésta, en sí misma considerada» (Sentencia de 29 de noviembre de 2001, RC 3563/1995 , luego reproducida en la Sentencia de 23 de enero de 2002, RC 5353/1995). Ya la Sentencia de 18 de enero de 1996 (RCA 7488/1992) declaró que «la jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 10 marzo 1969 y 29 noviembre 1985), había incluido como actos necesitados de motivación adecuada los dictados en ejercicio de potestades discrecionales, como es el caso de las subvenciones y ayudas públicas, dado que sólo a través de una congrua motivación puede la jurisdicción ejercitar con garantía su función fiscalizadora (control de hechos determinantes, aplicación correcta o valoración correcta de los intereses en juego, etc...), lo que obliga a entender como precisado de adecuada y suficiente motivación el acto impugnado, máxime cuando, aun siendo normas posteriores y no aplicables al caso pero que sí aportan un criterio orientador que no debe desdeñarse, el artículo 54.1 de la Ley 30/1992 , en su apartado f) comprende como necesitado de motivación a los actos discrecionales, y disponiendo el artículo 6.2 del Real Decreto 2225/1993, de 17 diciembre , aprobatorio del Reglamento de Procedimiento para la concesión de subvenciones públicas que la resolución será motivada. No cabe, pues, exonerar al Órgano Constitucional demandado, como a ninguna de las Administraciones Públicas en su función de fomento, al otorgar o resolver sobre ayudas públicas o subvenciones, de su obligación jurídica de motivar, fundándola adecuadamente en derecho y conforme a las circunstancias fácticas en presencia, las resoluciones que dicten en esta materia». Esta línea se ha consolidado en Sentencias de 15 de abril de 2002 (RC 1410/1996), 20 de mayo de 2002 (RC 2531/1996), 11 de julio de 2006 (RC 1706/2004) y muchas otras.

Las subvenciones por incentivos regionales no escapan, lógicamente, de esta exigencia, como puede comprobarse en las Sentencias de 24 de junio de 2008 (RC 6098/2005) y 30 de enero de 2012 (RCA 318/2010), por citar algunas.

Además, en diversas Sentencias esta Sala ha rechazado la aptitud motivadora de la simple expresión de que el proyecto subvencionable no cumple los objetivos o los fines recogidos en los diversos preceptos reguladores de las ayudas. Ante la denegación de una subvención «con un lacónico enunciado únicamente expresivo de que la inversión proyectada no era promocionable», en Sentencia de 29 de noviembre de 2001 (RC

3563/1995) dijimos: «Tanto en uno como en otro caso o cualquier otra que fuese la razón determinante, en concreto, de la negativa, debió reflejarse con claridad en la resolución denegatoria, sin que sea jurídicamente apropiado, a la vista de los informes administrativos ya citados, rechazar la petición utilizando la fórmula genérica de que el proyecto no cumplía los "objetivos" del artículo 4 de aquel Real Decreto».

STS de 31 de mayo de 2012 (RC 621/2011)

“Comenzando con la falta de motivación de la resolución administrativa, debemos recordar que últimamente, en Sentencia de 29 de marzo de 2012 (RC 2940/2010), hemos examinado los criterios seguidos por la Sala sobre la motivación de las resoluciones de concesión de subvenciones, y en concreto en el ámbito de los incentivos regionales. Así, dijimos que esta clase de ayudas públicas no escapan de la exigencia de motivación (Sentencias de 24 de junio de 2008, RC 6098/2005 y 30 de enero de 2012, RCA 318/2010, entre otras) y también que «esta Sala ha rechazado en ocasiones la aptitud motivadora de la simple expresión de que el proyecto subvencionable no cumple los objetivos o los fines recogidos en los diversos preceptos reguladores de las ayudas», con cita de las Sentencias de 29 de noviembre de 2001 (RC 3563/1995), 23 de enero de 2002 (RJ 2002, 875) (RC 5353/1995) y 20 de febrero de 2007 (RCA 4588/2004). A estas afirmaciones añadimos que la postura de la Sala no era totalmente uniforme (por ejemplo, en Sentencia de 15 de abril de 2002, RC 1410/1996 , parece defenderse otra tesis), y concluimos que «hemos admitido frecuentemente la motivación por referencia a los informes que obran en el expediente (Sentencia de 23 noviembre 2007, RC 438/2005) o en virtud de los fundamentos de la resolución del recurso de reposición interpuesto por el interesado (Sentencias de 12 de diciembre de 2001, RC 8908/1995 , 29 de julio de 2002, RC 7180/1996, y 11 de diciembre de 2002, RC 754/1997)».

La validez de la motivación del acto resolutorio del recurso es proyección de una doctrina mantenida en otras Sentencias (de 14 de octubre de 1985 y 10 de diciembre de 1996, RA 3661/1991, por citar algunas), y que tiene aplicación en materia subvencional. La antes mencionada de 29 de julio de 2002 declara: «Tal como hemos dicho reiteradamente en esta materia de denegación de subvenciones, sobre la que ya esta Sala y Sección, tiene un cuerpo de doctrina uniformemente establecido al resolver recursos de casación interpuestos contra resoluciones judiciales en que se trataban de cuestiones idénticas a la presente (sentencias, entre otras, por más recientes, de 4 de julio y 12 de diciembre de 2001 y 11 de febrero, 15 de abril y 20 de mayo del corriente año), si bien el acto originario pudo adolecer de tal falta de motivación, el recurso resolutorio del recurso de reposición es lo suficientemente explícito [...]».

Por otro lado, igualmente es jurisprudencia reiterada que el requisito de la motivación de los actos administrativos no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, pues basta con la expresión de las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la decisión, facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa (Sentencias de 28 de junio de 2010, RC 3821/2006) , 9 de julio de 2010, RC 1/2008, 8 de octubre de 2010, RC 5/2008, 11 de febrero de 2011, RCA 161/2009, 31 de marzo de 2011, RCA 29/2010 , y 23 de noviembre de 2011, RC 3638/2009, por citar algunas de las más recientes).

Pues bien, en el caso de autos la resolución del recurso de reposición contiene una motivación que sin duda cumple la finalidad de exteriorizar las razones que justifican la

denegación de la subvención, permitiendo su conocimiento por el destinatario para su eventual impugnación y posibilitando el posterior control de legalidad por los tribunales. Pese a la opinión del recurrente de que dicha resolución administrativa es insustancial por no establecer los criterios que llevaron a denegar la subvención, su mera lectura denota lo contrario, pues expone las causas concretas que provocaron el rechazo del proyecto de la recurrente y las que ocasionaban la desestimación de la reposición. Dicha resolución acepta el informe técnico que se pronuncia en sentido desfavorable porque «en virtud de la oferta existente en Canarias, se consideran prioritarias la remodelación integral del alojamiento existente y la creación de nueva oferta complementaria de alta calidad», y asimismo manifiesta que el mero cumplimiento de algunos de los criterios contenidos en la normativa aplicable no conlleva la concesión de la subvención a causa de la existencia de limitaciones presupuestarias, así como que la actuación de la Administración no puede quedar condicionada por el hecho de que a otras empresas de la zona se les haya concedido la ayuda.

Tales razones podrán ser más o menos acertadas, pero indudablemente satisfacen la exigencia de motivación de los actos administrativos en el sentido impuesto en el artículo 54.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

QUINTO

La fundamentación del acto administrativo, en unión de los informes técnicos sobre la inversión, es buena muestra del ejercicio de potestades discrecionales, constantemente admitidas por esta Sala en la esfera de las ayudas públicas. La Sentencia de 15 de abril de 2002 (RC 1410/1996), reproducida por la de 11 de julio de 2006 (RC 1706/2004), declaró: «El mero cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas que regulan estos incentivos económicos regionales no genera, por sí solo, el derecho a obtenerlos, sino a que esa solicitud sea considerada y a que la Administración dé una respuesta fundada en Derecho a la misma. Así lo hemos declarado, en nuestra Sentencia de 4 de julio de 2001. Y ello exige que cuente con una motivación suficiente, tal como lo requieren, entre las más recientes, las Sentencias de 23 y 30 de enero de 2002, 29 de noviembre y 12 de diciembre de 2001, además de la de 4 de julio de 2001 ». Y la precedente sentencia de 12 de diciembre de 2001 (RC 8908/1995): «[...] ante la limitación de medios económicos destinados a estos fines, la Administración tendrá que valorar las diferentes propuestas presentadas, dando preferencia a aquellas que de una forma más clara cumplan los objetivos previstos... y rechazando aquellas otras que, por su escasa inversión, sea difícil, si no imposible, cubrir tales objetivos. En esta valoración cuenta la Administración con una discrecionalidad que sólo puede ser revisada jurisdiccionalmente en casos de arbitrariedad o manifiesto error».

Tal es la situación aquí acaecida, en que la Administración, en uso de la discrecionalidad técnica, ha valorado el proyecto en términos tales que permiten concluir que no responde rigurosamente a los fines perseguidos con la actividad subvencionable, pues, ante la limitación de medios que afecta a la actividad de fomento desarrollada, ha tenido que priorizar entre los distintos proyectos con apoyo en parámetros, discutibles o no, pero objetivos y expresados en términos tales que han podido ser perfectamente combatidos por la interesada en vía jurisdiccional. No nos encontramos, por consiguiente, ante una decisión arbitraria”.

XV.2.2. Condicionamiento por las disponibilidades presupuestarias. STS de 21 de Junio del 2012 (RC 325/2011)

Al respecto, cabe poner de relieve que, conforme una reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 11 de noviembre de 2011 (RC 799/2009), la concesión de incentivos regionales y la ampliación de las subvenciones concedidas por causas sobrevenidas durante el periodo de vigencia, están condicionadas por el límite de las disponibilidades presupuestarias, como advierte la propia Exposición de Motivos de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos.

En la mencionada sentencia de esta Sala jurisdiccional de 11 de noviembre de 2011, dijimos:

« [...] Pero esta facultad administrativa de evaluar discrecionalmente el grado de prioridad otorgable a un proyecto o a otro en función de criterios de desarrollo regional no debe confundirse, sin embargo, con el juicio sobre el cumplimiento de los presupuestos o requisitos objetivos que han de cumplir todos los proyectos presentados, de modo que se debe atender al carácter bipolar de esta facultad que si, por un lado, habilita a la Administración para fomentar la actividad subvencionable, por otro lado no permite a esta misma Administración negar sin más la subvención cuando la actividad que pretenda acogerse al régimen de incentivos regionales esté comprendida en uno de los sectores promocionables, reúna los demás requisitos objetivos exigidos en los correspondientes Reales Decretos y no deba ser pospuesta, en los límites de las disponibilidades presupuestarias, ante otras solicitudes que puedan reputarse más apropiadas para el cumplimiento de los fines a que tienden aquellos incentivos.» .

XV.2.3. Discrecionalidad administrativa en su concesión. STS de 11 de Noviembre del 2011 (RC 799/2009)

La sentencia de la Sala de instancia no ha desconocido la jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sobre el alcance y los perfiles delimitadores del carácter potestativo o discrecional de la concesión de las subvenciones al amparo de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de Incentivos Regionales y los Decretos que la desarrollan, que se resume en la sentencia de 22 de septiembre de 2000 (RC 3260/1993), aplicada a la convocatoria de la Junta de Andalucía de ayudas para la promoción y desarrollo del sector industrial, al expresar que «en la concesión de beneficios o incentivos regionales puede ocurrir que el órgano decisor esté "[...] condicionado por el límite de los recursos económicos disponibles, razón por la cual tiene que seleccionar entre las solicitudes concurrentes, prefiriendo aquellas que más eficazmente realicen el objetivo de promover el desarrollo regional, razón que justifica la utilización de esta técnica de fomento, [...] para paliar a través de ella las consecuencias perjudiciales de los desequilibrios interterritoriales y coadyuvar así a la solidaridad entre las diversas partes del territorio español".

«Pero esta facultad administrativa de evaluar discrecionalmente el grado de prioridad otorgable a un proyecto o a otro en función de criterios de desarrollo regional no debe

confundirse, sin embargo, con el juicio sobre el cumplimiento de los presupuestos o requisitos objetivos que han de cumplir todos los proyectos presentados, de modo que se debe atender al carácter bipolar de esta facultad que si, por un lado, habilita a la Administración para fomentar la actividad subvencionable, por otro lado no permite a esta misma Administración negar sin más la subvención cuando la actividad que pretenda acogerse al régimen de incentivos regionales esté comprendida en uno de los sectores promocionables, reúna los demás requisitos objetivos exigidos en los correspondientes Reales Decretos y no deba ser pospuesta, en los límites de las disponibilidades presupuestarias, ante otras solicitudes que puedan reputarse más apropiadas para el cumplimiento de los fines a que tienden aquellos incentivos.».

XV.2.4. Vinculación de la Administración a los actos de concesión anteriores. STS de 5 de marzo de 2010 (RC 335/2008)

Considera la recurrente que la actuación de la Administración supone una infracción del precedente administrativo y del principio de confianza legítima por cuanto en el primer expediente en el que se concedieron los incentivos regionales para la realización de la primera fase del proyecto de mejora y optimización de su actividad industrial la Administración no exigió la presentación de las licencias municipales de obra, de actividad ni de ningún otro tipo, y tal forma de actuar generó la creencia de la no necesidad de ostentar licencia municipal alguna para obtener y disfrutar los incentivos que ahora se examinan, correspondientes a la segunda fase del mismo proyecto. La Administración en este segundo expediente exige condiciones que en el correspondiente a la primera fase no solicitó, como las licencias municipales de obra actividad y autorización ambiental integrada; con esta nueva actuación administrativa cambia su criterio precedente y vulnera la confianza legítima.

La Jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha indicado (Sentencias de 1 de febrero de 1999, 26 de febrero de 2001, y 24 de noviembre de 2004), que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que el principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes " venire contra factum popium ". Ahora bien, este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los "actos propios" sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el sólo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta.

Sobre la base de la doctrina expuesta no puede acogerse el argumento por un doble motivo. En primer lugar, porque, no cabe invocar los mencionados principios a supuestos, como el contemplado, en el que la empresa subvencionada actúa al margen de la legalidad sin observar las normas básicas exigibles; en segundo lugar porque no es cierto que haya existido un sorpresivo cambio de criterio de la Administración en la exigencia de los requisitos para disfrutar de los incentivos regionales, en el sentido pretendido en la demanda. El planteamiento del que parte la actora es erróneo, pues no cabe considerar que la Administración haya aceptado una situación de ilegalidad por el mero hecho de que en la anterior concesión no constatará la efectiva tenencia de los permisos necesarios.

Como no puede ser de otra manera, la concesión de los incentivos se encuentra siempre supeditada al cumplimiento por la beneficiaria de la normativa vigente, sin que quepan excepciones. Precisamente en el Acuerdo de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos que concedió los incentivos al primer proyecto figuraba que el beneficiario debía disponer de los permisos y autorizaciones exigibles con arreglo a la normativa vigente. El mero dato de que la Administración no comprobara ciertas carencias en el anterior expediente no significa una tolerancia o aceptación de dicha situación de ilegalidad, sino tan solo el desconocimiento o ignorancia de tal extremo, pues no consta ningún dato objetivo que permita deducir que la Administración concedente tolerara conscientemente la irregular situación de la empresa subvencionada, la cual, no sólo aceptó expresamente las condiciones impuestas que le obligaban a cumplir las normas, sino que además ocultó el incumplimiento de los imprescindibles permisos administrativos. Y de tal desconocimiento no cabe extraer la consecuencia de que la Administración se encuentre vinculada en lo sucesivo a tolerar o admitir situaciones que se desarrollan al margen de la legalidad, pues se trata de una interpretación que conduce a consecuencias inaceptables e irrazonables en cuanto implica que la Administración podría otorgar subvencionar actividades que se desarrollan con clara infracción de la ley, con renuncia a los principios elementales que presiden su actuación.

XV.2.5. Trato discriminatorio: requiere la comparación con otras solicitudes de la subvención. STS de 21 de noviembre de 2011 (RC 675/2009)

Siendo ello así, la negativa de la Sala a aceptar el resto de las pruebas propuestas dejaba a la actora sin posibilidad real de defensa, en cuanto no le daba la oportunidad de contrastar unas peticiones con otras para estar en condiciones de acreditar el trato discriminatorio que decía sufrir, derivado de la preterición de su solicitud respecto de algunas o algunas las efectivamente concedidas. Sólo tras la práctica de la prueba pedida podía estimarse o desestimarse la pretensión actora, lo que implicaba valorar, a partir de sus resultados, si había sido respetado tanto el procedimiento legal de concesión como el orden de prioridades establecido en el artículo 8 de la Orden de la Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación de 15 de septiembre de 2000. Dicho orden de prioridades entre ayudas solicitadas implica, como es lógico, una decisión administrativa que necesariamente debe comparar unas con otras a fin de resolver cuál de las presentadas se ajusta con más fidelidad a él.

XV.2.6. Motivos concretos de denegación: No es motivo de denegación la residencia de los socios de la beneficiaria en un paraíso fiscal. STS de 19 de enero

de 2010 (RC 1136/2007).

Debemos dar lugar al presente recurso de casación y estimar el recurso contencioso administrativo, ya que, tal como ya dijo la propia Audiencia Nacional en su sentencia de 25 de Febrero de 2004 (recurso contencioso administrativo nº 710/00), al referirse a este misma solicitud de incentivos y a su denegación por la misma causa, cuando se realizó la petición " no existía ningún impedimento legal para que se concediera la subvención a una sociedad mercantil española por el hecho de que algunos socios de la misma tengan su residencia en un paraíso fiscal, pues ninguna traba se establece al respecto ni en la Ley 50/85 ni en el R.D. 1535/87 ni en el R.D. 652/88 , debiendo destacarse por el contrario, que la nueva Ley 38/03, General de Subvenciones sí se refiere de forma expresa a esta cuestión " .

Esa afirmación (que por sí misma, y aunque no fuera llevada a la parte dispositiva de la sentencia tiene un significativo valor jurídico, en cuanto hecha por el Tribunal competente en apoyo de su decisión de anular la denegación y ordenar a la Administración dictar una nueva resolución debidamente motivada) es, en todo caso, plenamente acertada, pues es cierto que tal norma limitativa no existía al tiempo de la solicitud, (y es dudoso incluso que el artículo 13-2 -f) de la posterior Ley 38/2003, de 17 de Noviembre , pueda ser interpretado en este sentido, pues se refiere a "personas o entidades", y no a los socios; ni sería fácil aplicar esa supuesta prohibición sin que normativamente se precisaran los requisitos cualitativos y cuantitativos para hacerlo; dicho sea esto sin prejuzgar tal cuestión).

Si a esa razón se añade la de que la demandante ha afirmado (y nadie ha contradicho) que ella tiene su domicilio legal en España, donde ejerce su actividad y donde cumple sus obligaciones tributarias, fiscales y sociales legalmente establecidas, estando al corriente en el cumplimiento de todas ellas, se comprenderá que hayamos de revocar la sentencia de instancia y anular el acto administrativo denegatorio del incentivo, ya que la Administración no ha puesto de manifiesto ninguna otra razón que pudiera justificarla.

XV.2.7. Modificación de las condiciones de la subvención

- **Modificación del proyecto inicial subvencionado.** STS de 20 de octubre de 2010 (RC 292/2009)

En suma, se trata de una modificación del proyecto factible a tenor de lo dispuesto en el artículo 31 del Real Decreto 899/2007, de 6 de julio, en cuanto se refiere a modificaciones vinculadas con al proyecto inicial como es la solicitud analizada, que implica un aumento de la inversión y de los puestos de trabajo

[...] Pues bien, como decíamos, consideramos que tales razones ofrecidas por la Administración no responden adecuadamente a la naturaleza de la pretensión instada que se refería indudablemente a un incremento de la cuantía subvencionable en relación con las modificaciones operadas en el proyecto inicial. El examen del escrito presentado por la entidad recurrente pone de manifiesto que, en realidad, lo que se suscitaba era una modificación del proyecto inicial, esto es, sobre el mismo establecimiento hotelero que obtuvo inicialmente los incentivos, que aumentaba de categoría, pasando de cuatro a

cinco estrellas, con un incremento de la inversión y del número de empleados. Se trata, de forma clara, de un único proyecto que fue objeto de subvención, al que la parte recurrente pretende atribuir una mayor entidad e inversión para lo cual interesa, como corresponde, la autorización administrativa y además un mayor reconocimiento de la base subvencionable. Esta posibilidad se contempla en el apartado 2 del artículo 31 del Real Decreto 899/2007, de 6 de julio sobre "incidencias posteriores a la concesión", que se refiere a alteraciones vinculadas con el proyecto inicial cuando exceden de los límites establecidos en el apartado primero. Cabe concluir por lo expuesto, que la Administración no tomó en consideración la naturaleza del escrito presentado por la recurrente y emitió un pronunciamiento que no es coherente ni congruente con la pretensión deducida ni, en fin, con las características de la transformación del complejo hotelero objeto de la originaria subvención.

- **Transmisión de la cualidad de beneficiario:** fusión por absorción de las sociedades. STS de 22 de noviembre de 2011 (RC 6278/2009).

"[...] El desarrollo del primero de los indicados motivos parte de que la Sala de instancia aplicó defectuosamente el indicado artículo 233 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, regulador de la fusión por absorción, del cual se desprende que la sociedad absorbente asume el bloque de derechos y obligaciones de la sociedad absorbida, entre los que deben comprenderse los derechos derivados de la subvención.

[...] Aquella norma, hoy sustituida por el artículo 23 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, contiene el principio de sucesión universal en caso de fusión de sociedades, de modo que la sociedad absorbente sucede con carácter universal en cuantos derechos y obligaciones incumbieron a la sociedad absorbida. Este Tribunal, en Sentencia de su Sección Primera de 8 de febrero de 2007, RC 223/2000, determinó el alcance del precepto diciendo: «En la fusión de sociedad por absorción, si bien se produce la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida, la absorbente adquiere el patrimonio de esta sociedad y se produce la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de la absorbida, de forma que queda vinculada, activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros, lo que determina que no sean causa de extinción de las relaciones contractuales, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se celebraron».

Esta regla responde al principio general de transmisibilidad de los derechos del artículo 1112 del Código Civil y tiene su más natural aplicación en el ámbito de las obligaciones de Derecho privado. Encuentra sus excepciones en los supuestos de derechos intransmisibles y cuando el ordenamiento jurídico somete la transmisión a unas reglas especiales, como ocurre con el derecho de crédito del beneficiario de una ayuda pública.

Las características de las subvenciones y su naturaleza de institución de Derecho Público, que han sido puestas de manifiesto insistentemente por la jurisprudencia, justifican la sujeción de su transmisión a unas normas específicas; las condiciones del beneficiario son decisivas en el otorgamiento de ayudas económicas de esta clase, y no debe olvidarse que el cambio de titularidad conlleva la sustitución del sujeto

adjudicatario de la subvención y obligado a la realización de la inversión en los términos y condiciones impuestas.

XV.2.8. Consecuencias de la estimación del recurso contencioso-administrativo contra la denegación de la subvención. STS de 20 de abril del 2010 (RC 3000/2007)

Las consideraciones precedentes justifican la anulación de los actos impugnados, estimando con ello la primera pretensión de la demanda. No así, sin embargo, de la segunda pues, como objeta el Abogado del Estado, no podemos declarar que "Torraspapel, S.A." tenga derecho a recibir, sin más, la subvención por un importe de 2.100.623.000 pesetas (dos mil cien millones seiscientos veintitrés mil pesetas), es decir, 12.624.998,50 euros.

En efecto, la concesión del incentivo puede: a) venir condicionada por las disponibilidades presupuestarias; y b) quedar sujeta a determinadas condiciones (entre ellas las temporales y las relativas a la concreción del mantenimiento del empleo) que el Ministerio de Economía legítimamente está habilitado para incorporar a su resolución, sin que esta Sala deba sustituirle en sus atribuciones. Lo que no podrá hacer es renovar la negativa al otorgamiento del incentivo basada en las causas que hemos rechazado en esta sentencia.

XV.3. Procedimiento de incumplimiento o de control

XV.3.1. Distinción con el procedimiento de reintegro. STS de 13 de junio del 2011 (RC 5940/2008)

El motivo no puede ser acogido. El tribunal de instancia acierta al distinguir, por un lado, los trámites correspondientes a las actuaciones de control financiero iniciado el 13 de diciembre de 2002 por la Intervención General de la Junta de Andalucía, en ejecución del plan anual de control de fondos comunitarios correspondiente a la ayuda 1998/1999, y por otro lado el procedimiento o expediente de recuperación de las cantidades percibidas.

[...] No puede parificarse este procedimiento de reintegro con las actuaciones previas, aun estando relacionados, de modo que la eventual caducidad de aquél derive de la duración de éstas, según hemos reiterado en anteriores pronunciamientos (entre otras, en nuestra sentencia de 24 de enero de 2007 al resolver el recurso número 252/2005).

Las actuaciones de control financiero sobre los beneficiarios de las ayudas finalizan con la emisión de los correspondientes informes, comprensivos de los hechos puestos de manifiesto y de las conclusiones que de ellos se deriven. Se trata de unas actuaciones, repetimos, independientes del ulterior procedimiento, que tienen sus propias normas reguladoras de la caducidad y en el que se permiten determinadas ampliaciones del plazo máximo fijado para su finalización. Si de aquellos informes, emitidos por los órganos de la Intervención, se deduce la procedencia de reintegrar la totalidad o parte de la subvención, es precisa la incoación, a cargo de órganos diferentes a los encargados del control financiero, de un expediente de reintegro que, a su vez, tiene fijado un plazo máximo para su resolución y notificación, plazo que puede igualmente suspenderse y ampliarse de acuerdo con lo previsto en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley

30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Dado que la parte recurrente, según hemos expuesto, no distingue entre un procedimiento (de control) y otro (de reintegro), asimilándolos indebidamente como si de uno solo se tratara, sus alegatos sobre la supuesta caducidad de este inexistente procedimiento único no pueden ser acogidos.

Ha de establecerse una distinción entre el procedimiento de recuperación de subvenciones y el procedimiento sancionador en el ámbito del reintegro. El deber de reintegro tiene que ver con el hecho objetivo del incumplimiento sin que a la Administración le resulte exigible realizar una imputación a título de culpa, de manera que el beneficiario solo podrá quedar exonerado de responsabilidad en caso de fuerza mayor. STS de 15 de diciembre de 2009. RC 2571/2007.

“El segundo motivo de casación, que denuncia que la Sala de instancia ha infringido las reglas generales de responsabilidad existentes en nuestro ordenamiento, que exige, en este supuesto, que las causas determinantes del incumplimiento sean imputables a título de culpa al beneficiario, no puede prosperar, puesto que en su planteamiento subyace la aplicación de los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora para las Administraciones Públicas en el ámbito del procedimiento de reintegro de subvenciones, lo que carece manifiestamente de fundamento.

En efecto, en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2004 (RC 4055/2001), hemos distinguido con claridad el procedimiento de pérdida de los incentivos reconocidos en la Ley 50/1985, por incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acto de otorgamiento de la subvención del procedimiento administrativo sancionador, en los siguientes términos:

«Como premisa que debe tenerse en cuenta en la resolución de este recurso, debe señalarse que no puede caerse en el error, en el que parece incurrir la entidad recurrente, de confundir el procedimiento de incumplimiento que se ha llevado a cabo en el expediente con un expediente de infracción para la imposición de sanciones. Ambos aparecen netamente diferenciados en el Real Decreto 1535/87, en su redacción dada por el Real Decreto 302/93, de 26 de febrero, vigente en el momento en que se inicia el expediente de autos. En efecto, el artículo 34.1.e) ya distingue claramente los dos procedimientos: el de incumplimiento y el sancionador. Más adelante, el artículo 35, en sus apartados 5, 6 y 7 se regula el procedimiento de incumplimiento, mientras que el sancionador se contiene en el artículo 41.2 y 3. Resulta patente que en el caso actual, en que no se imponen sanciones, sino sólo la declaración de incumplimiento con la posterior reclamación de la devolución de lo percibido en concepto de subvención, no se está en un supuesto de sanción sino en el expediente a que se refiere el art. 35.

Sentado lo anterior, la conclusión que se impone es la de que el régimen aplicable no es el contenido en la Ley 30/92, para el procedimiento sancionador, ni en el Reglamento que la desarrolla -Real Decreto 1398/93-, sino el general de dicha Ley para cualquier tipo de procedimiento, con carácter subsidiario al establecido en la Ley 50/85 y sus reglamentos, y, también al establecido en la Ley General Presupuestaria, que en lo tocante a las subvenciones se regula en el artículo 81, apartados 9, 10 y 11, pero no el artículo 82, que se refiere al régimen sancionador.».

Por ello, el concepto de imputabilidad a que alude el artículo 7 de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales, no se vincula a la exigencia de responsabilidad a título de culpa, sino que es exponente del designio del legislador de hacer recaer los efectos jurídicos derivados del incumplimiento de las condiciones impuestas en el acto de concesión de la subvención al beneficiario, al que se le impone el deber de reintegro de los incentivos recibidos, de modo que sólo en supuestos excepcionales de fuerza mayor podrá quedar exonerado de esta responsabilidad.

El artículo 42 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, aunque no sea aplicable al presente litigio *ratione temporis*, proporciona un criterio interpretativo al establecer, específicamente, que el procedimiento de reintegro de subvenciones se rige por las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos contenidas en el Título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de las especialidades que se establezcan en esta Ley, lo que desplaza, inequívocamente, los principios y garantías establecidas en el Título IX del referido Cuerpo legal procedimental, que ampara el ejercicio de la potestad sancionadora.

XV.3.2. La declaración de incumplimiento y la exigencia de reintegro de la subvención no exigen la revisión de oficio del acto de concesión. STS de 24 de mayo de 2012 (RC 1690/2011)

En Sentencias de 26 de febrero de 2008 (RC 225/2005), 11 de noviembre de 2008 (RC 1408/2006), 17 de febrero de 2009 (RC 3156/2006), 11 de marzo de 2009 (RC 993/2007) y 15 de abril de 2009 (RC 5369/2006), entre otras muchas, hemos manifestado que la declaración de incumplimiento por el beneficiario de las condiciones de la subvención y el consiguiente reintegro de lo indebidamente percibido no precisa seguir un procedimiento de revisión de oficio del acto de concesión. La Sentencia de 16 de mayo de 2007 (RC 9680/2004), que a su vez cita la de 2 de junio de 2003 (RC 3725/1999), dijo claramente que «cuando se trata del reintegro o denegación de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o indebida utilización de las cantidades recibidas, esto es por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, basta la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la denegación de la subvención o la devolución de lo percibido. O, dicho en otros términos, en tal supuesto no se produce propiamente la revisión de un acto nulo que requiera la aplicación de lo establecido en el artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común o una declaración de anulabilidad del acto que requiera una declaración de lesividad, según el artículo 103 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común , sino que el acto de otorgamiento de la subvención, que es inicialmente acorde con el ordenamiento jurídico, no se declara ineficaz por motivo que afecte a la validez de su concesión, sino que despliega todos sus efectos; y entre ellos, precisamente, la declaración de improcedencia, el reintegro o devolución de las cantidades cuando no se ha cumplido la condición o la finalidad para la que se otorgó la subvención».

De todos modos, es actualmente insostenible la canalización de los procedimientos de declaración de incumplimiento y de reintegro en las normas generales de revisión de actos administrativos de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Tales decisiones son acreedoras de un procedimiento específico, como muestra, en lo que ahora interesa, el Reglamento CEE 1290/2005, de 21 de junio, del Consejo, sobre financiación de la política agraria común, donde se hace continua referencia al procedimiento de recuperación, así como lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, cuyo Capítulo II del Título II está destinado precisamente a la regulación del procedimiento de reintegro. El artículo 36.5 de esta Ley expresamente dispone que no procederá la revisión del acto de concesión cuando concurra alguna de las causas de reintegro.

XV.3.3. Audiencia de los interesados en esta clase de procedimientos. STS de 24 de mayo de 2012 (RC 1690/2011)

El derecho de audiencia de la interesada en el procedimiento administrativo de recuperación debe considerarse satisfecho en este caso con la concesión del trámite de alegaciones inmediatamente posterior a que fuera dictado el acto de iniciación. La Ley General de Subvenciones, que tiene carácter supletorio respecto a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea (artículo 6.2 de aquella), en su artículo 42.3 únicamente impone que en el procedimiento de reintegro se garantice el derecho del interesado a la audiencia, lo que, en función de la previsión del art. 84.1 de la Ley 30/1992 , puede válidamente cumplirse una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de la propuesta de resolución.

El informe-propuesta del que en este caso se omitió el traslado no es equiparable a la propuesta de resolución del procedimiento sancionador a que se refieren los artículos 18 y 19 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y cuyo conocimiento por el interesado constituye un hito sustancial del ejercicio del derecho de defensa por ser ese acto el que define los elementos básicos en que se sustenta la imputación.

Pero la obligación de reintegro carece de naturaleza sancionadora.

XV.3.4. Información previa. STS de 17 de febrero del 2010 (RC 309/2008)

Debemos examinar ahora la naturaleza del período de información previa y la relevancia de su duración, así como si el mismo hubiera de ser considerado como parte del propio procedimiento de incumplimiento.

El artículo 69.2 prescribe, al regular los procedimientos iniciados de oficio, que "con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de inicial el procedimiento". La exigua regulación de dicho período pone de relieve que la finalidad legal se limita a enmarcar una actividad administrativa de comprobación sin poner un plazo concreto de duración y sin reglamentar o limitar las actuaciones que puede adoptar la Administración en dicho período. En puridad, el único significado de declarar abierto un período de información previa es enmarcar legalmente una actuación administrativa que en todo caso podría realizar la Administración al amparo de sus facultades de control o supervisión en el ámbito de que se trate. Esto es, la Administración puede iniciar de oficio procedimientos de muy

diversa naturaleza, entre los que se encuentran los destinados a comprobar el cumplimiento de requisitos -como en el caso de autos- o los sancionadores, y previamente a la iniciación de uno de tales expedientes puede efectuar comprobaciones cuyo alcance dependerá de la regulación material existente en dicho ámbito, esto es, de las obligaciones a las que queda sometido el particular y de las concretas facultades de control que se atribuyan a la Administración en dicha materia en orden a comprobar si existen indicios que puedan llevar a la conveniencia de incoar un expediente formal de incumplimiento, sancionador, o de otra naturaleza. Pues bien, si dicha actividad de comprobación inicial es posible al amparo de las facultades de inspección o control que ostenta la Administración en diversos ámbitos materiales, tanto más podrá hacerlo si formalmente abre un período de información previa cuyo único significado sería, como se ha indicado antes, encuadrar dicha actuación comprobadora en un marco legal explícito.

XV.3.5. Caducidad. STS de 30 de noviembre de 2011 (RC 3632/2009)

Por último, en supuestos similares al actual hemos manifestado que «Sólo cuando se inicie formalmente el expediente de incumplimiento quedará éste sujeto a su propio plazo sobre caducidad» (SSTS de 24 de enero de 2007, RCA 252/2005, y 8 de noviembre de 2007, RCA 257/2006), y debe recordarse que «El procedimiento de incumplimiento se iniciará mediante la comunicación al beneficiario de las causas determinantes del mismo» (artículo 35.5 del mismo texto legal).

Es evidente que desde la fecha en que formalmente comenzó el expediente y la notificación de su resolución no hubo transcurrido el plazo de los doce meses que resultaría aplicable conforme al número 3 de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley General de Subvenciones (plazo luego recogido en el artículo 45.5 del Real Decreto 899/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley 50/1985), pero ni tan siquiera se rebasó el de seis meses previsto originariamente en el artículo 35.8 del antiguo Reglamento, en su versión modificada por el Real Decreto 2315/1993.

XV.4. Procedimiento de reintegro

XV.4.1. Normativa aplicable. STS de 12 de abril del 2012 (RC 2028/2010)

La disposición transitoria segunda, número 3, de la Ley General de Subvenciones dispone que los procedimientos de control financiero, reintegro y revisión de actos en ella previstos «serán de aplicación desde su entrada en vigor». Así pues, la normativa aplicable al procedimiento de reintegro es la establecida en dicha Ley, como propugnó en la demanda el Ayuntamiento de Bailén en contradicción con la posición que ahora mantiene.

XV.4.2. Naturaleza: no tiene naturaleza sancionadora STS de 7 de julio de 2010 (RC 5577/2007)

[E]l motivo debe ser desestimado pues, en efecto, no tiene carácter sancionador un acto administrativo que se limita a declarar el incumplimiento de las condiciones y el - obligado en esto casos- reintegro de la subvención en su día concedida, sin imponer ninguna de las verdaderas sanciones (multa pecuniaria; pérdida, durante un plazo de hasta cinco años, de la posibilidad de obtener subvenciones públicas; y prohibición, durante un plazo de hasta cinco años, para celebrar contratos con el Estado u otros Entes públicos) que se prevén para los supuestos correspondientes. Sólo si se hubieran impuesto dichas sanciones entrarían en juego los principios y la jurisprudencia aplicables al ejercicio de la potestad sancionadora. El reintegro de una cantidad debida por no haberse respetado las condiciones impuestas para su entrega no tiene, insistimos, el carácter aflictivo propio de las sanciones sino el derivado de constatar el incumplimiento de una de las partes en una relación bilateral y recíproca cuya naturaleza es, en cierto modo, sinalagmática.

XV.4.3. Suspensión por prejudicialidad penal. STS de 10 marzo 2009, RC 4361/2006.

Cuando se trata del reintegro de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o condiciones establecidas al concederse u otorgarse, esto es, por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, basta la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la devolución de lo percibido.

Por ello, el planteamiento impugnatorio que postula la entidad mercantil recurrente de que cabe considerar que la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid debió paralizar el expediente de reintegro de las cantidades indebidamente percibidas mientras pendiera la causa penal, por estar subordinada la Administración a la autoridad judicial, carece de apoyo legal, pues, como acertadamente expone la Sala sentenciadora, no cabe apreciar la existencia de prejudicialidad penal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 4 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que determine la suspensión del proceso administrativo y del proceso contencioso-administrativo de revisión hasta que finalicen las actuaciones penales.

Cabe advertir que en el supuesto de posible duplicidad o coincidencia de sanción administrativa derivada de la comisión de hechos tipificados en el artículo 14 de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/1995, de 8 de marzo, y de sanción penal por delitos contra la Hacienda Pública, tipificados en los artículos 308 y 309 del Código Penal, sería factible el planteamiento de la existencia de prejudicialidad penal que pudiera fundar la petición de suspensión del procedimiento administrativo sancionador, con base en el principio non bis in idem, si ambas normas -la Ley autonómica administrativa reguladora de las subvenciones y el Código Penal-, tutelarán los mismos bienes jurídicos, lo que no acontece en este supuesto en que la actuación administrativa se limita a reclamar el reintegro de las cantidades percibidas por incumplimiento de las obligaciones impuestas, y no está afectada o condicionada la calificación jurídica sobre la concurrencia o no de fuerza mayor, a los efectos de examinar si procede el reintegro, por la decisión que recaiga en el proceso penal.

XV.4.4. Resolución acordando el reintegro: no lo es la comunicación manifestado el estado y la necesidad de reintegrar los fondos comunitarios percibidos. STS de 21 de marzo del 2012 (RC 5285/2010)

Es, con toda evidencia una comunicación en relación con el estado de una determinada ayuda (la necesidad de reintegrar el exceso de ayuda comunitaria recibida), que precede a la iniciación del procedimiento de reintegro, frente al que la parte recurrente tiene abiertas en todo caso las acciones que estime pertinentes. Lo que no impide, evidentemente, que pudiera proceder a la devolución reclamada aun antes de que se iniciase formalmente dicho procedimiento.

XV.4.5. Aplazamiento del reintegro: silencio administrativo. STS de 16 de marzo de 2012 (RC 1699/2010)

Conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 55.5 del Real Decreto 1684/1990 de 20 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento General de Recaudación, en la redacción dada por el artículo 6 del R. Decreto 448/1995 de 24 de marzo- dada la fecha en que se formuló la petición de aplazamiento-: "Trascurrido dicho plazo sin que haya recaído resolución, se podrá entender desestimada la solicitud en la forma y con los efectos previstos en los artículos 43y 44 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre".

De modo que resulta claro que a la falta de resolución expresa ha de atribuirse un sentido desestimatorio, tal y como ha mantenido la Sentencia impugnada, no siendo óbice para ello lo dispuesto en la doctrina constitucional invocada por la parte recurrente, recogida en las SSTC 6/1986, de 21 de enero; 204/1987, de 21 de diciembre; 180/1991, de 23 de septiembre; 294/1994, de 7 de noviembre; 3/2001, de 15 de enero, 179/2003, de 13 de octubre, 188/2003, de 27 de octubre, y 220/2003, de 15 de diciembre, según la cual la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo las solicitudes de los ciudadanos, de modo que en caso de silencio administrativo no puede considerarse razonable aquella interpretación de los preceptos legales que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de resolver, y al administrado en peor tesitura, ni que obligue al ciudadano a recurrir en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, habida cuenta de que dicha doctrina sobre el silencio negativo se asienta en una mera ficción con la finalidad de abrir la vía jurisdiccional ante el incumplimiento por la Administración de su deber de resolver expresamente.

Fuera de ese concreto ámbito procesal, en el supuesto sometido a nuestra consideración, el alcance material del silencio merece distinta consideración jurídica, por cuanto nos hallamos ante un procedimiento de recaudación del anticipo reintegrable que se inicia de oficio, y en el curso del cual, la pretensión de aplazamiento del interesado, en cuanto que de ella pueda derivarse el reconocimiento de un derecho o una situación jurídica individualizada, no podrá entenderse sino desestimada por silencio administrativo, de acuerdo con lo dispuesto a este respecto por el artículo 44.1 de la Ley 30/92.

XV.5. Prescripción de las acciones de la Administración

XV.5.1. Distinción entre la prescripción de la acción de control y la acción de reintegro. STS de 13 de Diciembre del 2012 (RC 3631/2009)

Al respecto, cabe poner de relieve que en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006 (RC 10110/2003), diferenciamos la prescripción de la acción administrativa para comprobar los hechos relevantes y, finalmente, en su caso, declarar el incumplimiento de la prescripción de la acción ulterior de reintegro, tras fijar con claridad, en el primer supuesto, cuando se inició el cómputo, en los siguientes términos:

[...]«La recurrente no parece distinguir suficientemente -y así lo subraya, con acierto, el Abogado del Estado- en este segundo motivo entre la prescripción de la acción administrativa para comprobar los hechos relevantes y finalmente declarar el incumplimiento (y, en consecuencia, acordar el reintegro de lo indebidamente cobrado) y la prescripción de la acción ulterior para cobrar las cantidades indebidamente percibidas por el beneficiario incumplidor. Efectivamente, el "derecho de reintegro" se declara en la resolución administrativa ahora recurrida, de 27 de noviembre de 2001 y, a partir de esta fecha, la Administración cuenta con la acción correspondiente para su cobro efectivo, acción sujeta a su propio plazo de prescripción asimismo interrumpible, entre otras causas por la interposición de recursos. Pero este último plazo no se puede parificar con el primero».

XV.5.2. Interrupción de la prescripción por cualquier actividad dirigida a recabar información. STS de 31 de mayo del 2012 (RC 3451/2011)

Con arreglo al criterio recogido en la mencionada sentencia de 11 de octubre de 2006, y en la de 24 de enero de 2007, es preciso distinguir entre interrupción de la prescripción, que puede producirse por cualquier actividad inspectora dirigida a recabar información en orden a determinar la procedencia o no de la apertura del expediente de incumplimiento, y la iniciación formal del expediente.

Pues bien, las meras actuaciones preliminares, consistentes en el presente caso en el requerimiento de aportación de inventario a la empresa recurrente que había recibido la subvención, poseen plena eficacia para interrumpir la prescripción de la acción administrativa.

XV.5.3. Prescripción de la acción de control. Inicio del plazo de prescripción: coincide con el momento en que cesan las obligaciones de la beneficiaria, que no ha de coincidir con el fin del plazo de vigencia fijado en la orden de concesión. STS de 30 de noviembre de 2011 (RC 3632/2009)

No obstante, la Sala comparte plenamente el criterio que acoge la Sentencia recurrida, pues responde a la idea de que el inicio del plazo prescriptivo ha de coincidir con el

momento en que cesan las obligaciones de la beneficiaria, lo que obedece a la elemental razón de que sólo cuando finalizan tales obligaciones es cuando se está en condiciones de evaluar su cumplimiento. Esta tesis, acorde con el principio general que identifica el inicio de la prescripción con la posibilidad de ejercicio de las acciones («actio nata»), está reflejada en el artículo 15.1 a) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, así como en el artículo 39 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, aplicable con carácter supletorio según su disposición adicional novena. El último establece que el plazo para que la Administración ejercite el derecho a reconocer o liquidar el reintegro se computara: «c) En el supuesto de que se hubieran establecido condiciones u obligaciones que debieran ser cumplidas o mantenidas por parte del beneficiario o entidad colaboradora durante un período determinado de tiempo, desde el momento en que venció dicho plazo».

En el caso examinado, la Orden de concesión concretó un plazo de vigencia por la razón que recoge el mismo apartado: porque es la fecha «en la que deberán cumplirse y mantenerse todas y cada una de las condiciones de esta resolución». Sin embargo, su apartado 2.3, en el último párrafo, dispuso: «Sin perjuicio de contar al final del plazo de vigencia con el informe positivo [...], la empresa después del mencionado plazo deberá mantener como mínimo dos años los puestos de trabajo exigidos por la presente concesión». Por tanto, una de las obligaciones de la concesionaria finalizaba dos años después del plazo de vigencia indicado en la propia Orden, y únicamente a partir del vencimiento de aquél podía comprobarse si había cumplido la específica condición de mantener los puestos de trabajo esos dos años suplementarios. Si el plazo de vigencia, entendido en sentido estricto, discurre paralelo al cumplimiento de las obligaciones de la beneficiaria, aquí dicho plazo, en lo que se refiere al mantenimiento de los puestos de trabajo, no concluyó el 12 de abril de 2001, sino el 12 de abril de 2003, como manifiesta la Sala de instancia

XV.6. Obligaciones del beneficiario

Incumplimiento parcial: el incumplimiento es total cuando la inversión no se mantiene en ningún grado durante parte del tiempo comprometido. STS de 14 de junio de 2011 (RC 170/2010). En este mismo sentido STS de 15 de febrero de 2012 (RC 1972/2010).

“Sin embargo, esta disparidad no es suficiente para modificar nuestro criterio, pues en la Sentencia citada declaramos que el incumplimiento es total cuando la inversión no se mantiene en ningún grado durante parte del tiempo comprometido:

<<De las propias alegaciones del recurrente se deduce lo que por lo demás consta acreditado en autos, y es que la inversión no se mantuvo durante el referido de cinco años tras el fin del período de vigencia de la subvención de dos años. Así, en la condición particular 2.9 se imponía tal exigencia que fue aceptada por la empresa al recibir la subvención, lo que suponía que la inversión se había de mantener al menos hasta el 11 de julio de 2007. Pues bien, habiéndose producido un expediente de regulación de empleo meses antes de dicha fecha, en la cual la empresa -y, por tanto, la inversión en su integridad- no subsistía, es claro que se produjo un incumplimiento total del compromiso adquirido por la sociedad receptora de la subvención

A lo anterior no obsta la previa realización de la inversión con la consiguiente creación de empleo durante un determinado período, así como tampoco es posible graduar las

consecuencias del incumplimiento al haber sido este completo, no parcial como entiende la empresa actora. En efecto, al no haber alcanzado la inversión el plazo mínimo de mantenimiento y estar la empresa ya sin funcionar al acabar dicho plazo, sin subsistir en ese momento empleo alguno y con al menos parte de la maquinaria ya trasladada a otros centros, circunstancias de hecho admitidas por la recurrente, es evidente en todo punto que no puede hablarse de incumplimiento parcial. En este sentido, el cumplimiento parcial no puede computarse porque en una primera fase se alcanzase la inversión y el empleo comprometido, puesto que había una determinada exigencia temporal que fue radicalmente incumplida. Ante esto no puede objetarse ni la inviabilidad empresarial del proyecto ni la efectiva realización inicial de la inversión: la inversión no se mantuvo en ningún grado el tiempo comprometido, luego el incumplimiento fue total.>>

En relación con la justificación del incumplimiento por las particulares circunstancias económicas que han afectado a la empresa y a otras alegaciones de la mercantil que reitera en este recurso, dijimos:

<<Ha de tenerse en cuenta, por último, que la concesión de la subvención no evita la plena asunción por la empresa recurrente del riesgo empresarial inherente a toda inversión, y que dicho riesgo puede implicar, como ha sucedido en este caso, la necesidad de devolver la subvención otorgada cuando dicho riesgo provoca el fracaso de la inversión. Y no puede admitirse que cuando tal fracaso se produce se cancele la obligación de atenerse a las condiciones contractuales que rigen la subvención, lo que supondría trasladar a la Administración tal riesgo empresarial en caso de fracaso, pero no en el supuesto opuesto de éxito económico de la inversión acometida. En un sentido análogo es preciso rechazar que la devolución de la subvención conlleve desviación de poder o una suerte de enriquecimiento injusto de la Administración, que ya habría recibido ingresos tributarios como consecuencia de la inversión realizada durante el mantenimiento de la misma; como debería ser evidente, el cumplimiento de las obligaciones tributarias, de seguridad social u otras que pudieran haber afectado a la empresa actora, tienen otro fundamento distinto y por completo ajeno a la relación generada por la concesión de la subvención, de lo que deriva exclusivamente la obligatoriedad de la devolución de la cantidad percibida.>>

XV.6.1. Momento en que nacen las obligaciones. STS de 20 de octubre de 2010 (RCA 292/2009)

La norma [artículo 28 del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre], pues, establece con claridad que la empresa que obtiene la subvención queda vinculada al cumplimiento de las condiciones derivadas de la misma desde el momento en el que expresamente las acepta. Y ello es coherente con los hitos del procedimiento administrativo de la subvención, el que se puede separar e identificar sin dificultad el momento del reconocimiento de la subvención a favor de un determinado sujeto, acto administrativo realizado unilateralmente por la Administración, de la ulterior aceptación, por parte del beneficiado de las condiciones generales y particulares a las que se obliga expresamente, acto que se plasma en la suscripción y firma por parte de la empresa subvencionada del correspondiente documento de aceptación en el que figuran las específicas condiciones que asume para el disfrute de la subvención.

Ello significa que con ello que el beneficiario queda obligado a partir de ese momento de la aceptación expresa a la observancia de las condiciones que ha asumido y

correlativamente, supone que a partir de ese momento la Administración puede exigir su cumplimiento en los términos establecidos, esto es desde la aceptación hasta el plazo previsto. De modo que las sucesivas actuaciones encaminadas a verificar el cumplimiento de las condiciones deberá, lógicamente, referirse al período que transcurre entre la aceptación expresa de las condiciones por el beneficiario hasta aquel en que se haya previsto expresamente en la resolución de concesión.

Lo que acabamos de exponer determina que la interpretación realizada en este caso por la Administración que toma en consideración a efectos del cómputo del nivel de empleo, no ya la fecha de aceptación de las condiciones por parte de la recurrente, que, como hemos visto, tuvo lugar en mayo de 2001, sino que acude a una fecha muy anterior, cual es el momento de la solicitud de los incentivos, en julio de 1999, carece de fundamento y sustento legal y contradice precisamente los términos de la concesión de la subvención.

Y es que, en efecto, la aceptación prevista en el apartado segundo del artículo 28 del Real Decreto 1535/1987es, como sostiene la recurrente, el acto que determina la exigibilidad del cumplimiento de las condiciones determinantes de la concesión, pues una vez aceptadas formalmente por el beneficiario las condiciones impuestas queda sujeto y vinculado a su propia actuación y por tal razón, la Administrativa podrá recabar su acatamiento desde ese momento, de modo que el periodo anterior a la aceptación no puede ser tenido en cuenta a los efectos de observar el cumplimiento de las obligaciones. Ello no implica que la Administración, en caso de apreciar alguna anomalía relevante relacionada con las cláusulas de la subvención que pueda tener una finalidad fraudulenta, no pueda tomar en cuenta el comportamiento de la beneficiaria durante un periodo anterior pero, deberá ser debidamente justificado en el sentido de exponer las circunstancias extraordinarias que determinen que haya de hacerse así, como puede ocurrir indicando e identificando la alteración previa y engañosa de las condiciones de empleo.

XV.6.2. Obligación de aceptación

- **No es exigible si la concesión está pendiente de recurso.** STS de 23 de noviembre del 2011 (RC 912/2009)

En efecto, no es dudoso ni controvertido que recae sobre la empresa beneficiaria de una subvención de incentivos regionales la obligación de aceptar expresamente la subvención otorgada en el perentorio plazo de 15 días (artículo 28.2 del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre). Sin embargo, tiene razón la Sala de instancia en su interpretación de que en el concreto supuesto de autos, en el que la empresa actora había interpuesto un recurso de reposición contra el acuerdo de concesión solicitando el incremento de la subvención otorgada, no puede interpretarse que se hubiera incumplido dicha obligación en tanto dicho recurso estuviese pendiente.

- Necesidad de aceptación de la modificación de la subvención. STS de 22 de Noviembre del 2011 (RC 917/2009)

[E]n materia de subvenciones no puede admitirse de forma incondicional la admisión del principio de aceptaciones tácitas o implícitas. Es cierto que la naturaleza contractual de las subvenciones ha sido ratificada en una abundante jurisprudencia, pero debe

tenerse en cuenta que no se trata de acuerdos entre particulares, sino de la concesión de una subvención estrictamente condicionada a una serie de requisitos, lo que requiere contar de manera inequívoca con la aceptación de la empresa que recibe la subvención. Por ello la normativa vigente (artículo 28.2 del Reglamento de la Ley de Incentivos Regionales) obliga a la aceptación expresa de la subvención, y resulta coherente con ello que cualquier modificación esté sometida a igual requisito. Por ello la propia resolución por la que se concedía la modificación del plazo que se había solicitado condicionaba dicha modificación a su aceptación lo que confirma la imposibilidad de admitir una aceptación por hechos indubitados como pretende la recurrente.

XV.6.3. Cumplimiento de las condiciones de la subvención y prórroga del plazo

- **Está condicionada a la concurrencia de motivos de interés público.** STS de 2 de noviembre del 2011 (RCA 350/2010)

Asimismo, procede rechazar que en el supuesto analizado cupiera la concesión de una prórroga excepcional por concurrir los requisitos establecidos en el artículo 45 del Real Decreto 899/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los incentivos regionales, de desarrollo de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, en cuanto que, aunque dicha disposición resultare aplicable, está condicionada a que concurren circunstancias de interés público, que no se han evidenciado, o a que el incumplimiento no sea imputable al beneficiario, lo que no resulta en el caso enjuiciado

- **Es una facultad discrecional de la Administración.** STS de 9 de febrero de 2011 (RCA 510/2009)

Por otra parte y tal como arguye el representante de la Administración, constatado el incumplimiento de las condiciones de la subvención, la posibilidad de prórroga del plazo se configura por la normativa vigente como una facultad discrecional de la Administración, tal como establece el artículo 35.3 del Reglamento de la Ley 50/1985, de 27 de noviembre, de Incentivos Regionales (Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre, en la redacción que le dio el Real Decreto 302/1993, de 26 de febrero). Sin embargo, en el presente supuesto la Administración optó por iniciar el procedimiento de incumplimiento. En consecuencia, no puede prosperar el recurso.

- **Ha de solicitarse antes del vencimiento del plazo.** STS 9 de febrero del 2011 (RCA 510/2009)

[L]a solicitud de prórroga fue presentada con posterioridad a la fecha de vencimiento del plazo de la ayuda, en concreto el 17 de marzo de 2.006, cuando el referido plazo vencía -como reconoce la propia actora- el 4 de marzo inmediato anterior. En consecuencia, no puede aducir expectativa alguna de que la respuesta fuese positiva ni puede pretender que no se tuviera en cuenta para comprobar el cumplimiento de las condiciones de la concesión la fecha original de vencimiento del plazo, de conformidad con la exigencia del artículo 49.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) de que la solicitud de prórroga de un plazo ha de formularse ante del vencimiento del mismo.

XV.6.4. Obligación de autofinanciación. No se cumple mediante el préstamo participativo. STS de 20 de abril del 2012 (RC 1280/2010)

De todos modos, la interpretación que ofrece la Sala al artículo 20.1.d) del Real Decreto Ley 7/1996 no es incoherente con la finalidad de la condición relativa a fondos propios. Puesto que esta condición está fundamentada en la necesidad de asegurar una determinada autofinanciación de la inversión, tal finalidad no se cumple cuando la financiación se verifica a través del préstamo. El préstamo participativo no posee características especiales en cuanto a su contabilización; solo a efectos mercantiles y en muy particulares circunstancias adquiere una calificación específica, constituyendo una partida a sumar a los fondos propios para calcular el patrimonio contable a los efectos de reducción del capital y disolución por pérdidas regulados en la legislación sobre sociedades.

Los efectos que, en la esfera contable y en ciertos aspectos societarios, producen los préstamos participativos no altera su verdadera naturaleza, pues «es un préstamo y está sometido a las reglas esenciales del mismo, cuya principal obligación es la devolución del principal e intereses en el tiempo pactado» (Sentencia de la Sala Primera de 13 de julio de 2011, RC 912/2007).

XV.6.4. Obligaciones relativas a la inversión

- **Inicio de la inversión anterior a la solicitud.** STS de 23 de septiembre de 2010 (RC 304/2008)

El último inciso del artículo 9 del Real Decreto 883/1989, de 14 de julio, de Delimitación de la Zona de Promoción Económica de la Comunidad de Valencia, antes mencionado dispone que se consideraran iniciadas las inversiones cuando exista un compromiso firme de adquisición de bienes o de arrendamiento de servicios que afecten al proyecto.

Y el órgano judicial interpreta, al igual que la Administración, que el contrato de opción de compra de los terrenos en los que había de ubicarse el proyecto para el cual se solicitan los incentivos, implica este compromiso firme y, en fin, la previa decisión de inicio de la inversión.

Consideramos, por el contrario, que el precepto aludido exige para entender iniciada la inversión, que exista un compromiso firme de adquisición de bienes y en el caso que enjuicamos, no cabe deducir este compromiso de la firma previa a la solicitud de un contrato de opción de compra.

Con arreglo a la jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo la opción de compra es un contrato preparatorio, consensual y generalmente unilateral por el que el vendedor concede por cierto tiempo a una determinada persona un derecho de preferencia para la adquisición por venta de un determinado bien y dicha figura contractual no tiene nada que ver con contrato de compraventa de los artículos 1445 y siguientes del Código Civil. No ha de equipararse, pues la suscripción de un contrato de opción de compra a un compromiso firme de adquisición, antes bien, implica, únicamente, la posibilidad de una futura adquisición y ello en la medida que no ha existido la concurrencia de consentimiento del comprador y del vendedor necesaria para

la perfección del contrato, sino la eventualidad de un posterior consentimiento de quien ejercita la aceptación de la opción de compra (STS de 28 de octubre de 1999).

De igual modo, la Sala primera ha declarado que "en el precontrato unilateral sólo una parte viene obligada a poner en vigor el contrato y la otra tiene el derecho a exigírselo, como ocurre en el contrato de opción de compra". En la opción, una parte atribuye a otra un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente la puesta en vigor del contrato. Por tanto, si se ejercita la opción de compra aparece la compraventa; pero esta no nace si, al no ejercitar la opción en el plazo previsto, queda caducada (SSTS de 17 de marzo de 1998, 18 de junio de 1993, 24 de mayo de 1994, 30 de junio de 1994, 14 de febrero de 1997, 11 de abril de 2000, 22 de diciembre de 2005 y de 17 de junio de 2008).

Cabe afirmar, así, que carece de fundamento la interpretación que la Sala hace en el presente caso, que deduce la existencia de un compromiso firme de adquisición de bienes al que alude el artículo 9 del Real Decreto 883/1989, de 14 de julio, de Delimitación de la Zona de Promoción Económica de la Comunidad de Valencia, de la mera suscripción de un contrato de opción de compra de los terrenos en que se proyecta la inversión. Esto quiere decir que no resulta justificado afirmar que la opción de compra a favor de la recurrente implica una decisión previa de invertir en un proyecto, decisión previa incompatible con la solicitud de incentivos regionales. Antes bien, con arreglo a la jurisprudencia de la Sala Primera antes citada, ha de entenderse que nos hallamos ante un contrato preparatorio que únicamente permitía a la sociedad recurrente la posibilidad de una futura adquisición, pero no cabe la asimilación de la sola suscripción del contrato a un compromiso firme de adquisición en los términos a los que se refiere el precepto citado.

- **Inversión en terrenos.** STS de 17 de febrero del 2010 (RC 309/2008)

No puede prosperar la alegación, ya que de los hechos acreditados y no disputados por la propia actora se deduce el incumplimiento de la condición relativa a la inversión en terrenos y obra civil. Si necesidad de entrar en el debate sobre el momento en que se produce la adquisición de la propiedad, lo cierto es que la regulación vigente exige de manera incontestable la plena propiedad de terrenos y obra civil, acreditada mediante escritura pública en el primer caso, y que tanto la regulación legal como la resolución individual de concesión de la subvención otorgaban para dicha acreditación un plazo de cuatro meses tras el fin del período de vigencia de la subvención, y en ningún caso tales condiciones han sido satisfactoriamente cumplidas por la empresa.

Así, el artículo 10.2 del Reglamento de Incentivos Regionales estipula que la inversión aprobada de un proyecto deberá adquirirse "por el beneficiario con pago al contado" o con fórmulas de pago aplazado siempre que "los activos pasen a ser propiedad de la empresa antes de la finalización del plazo de vigencia de los beneficios". Por otra parte, el punto cuarto, apartado 5, de la Orden de 23 de mayo de 1.994, del Ministerio de Economía y Hacienda, estipula en relación con las inversiones realizadas que las dedicadas a adquisición de terrenos "serán acreditadas mediante la escritura pública de compraventa, debidamente liquidada de sus correspondientes impuestos". En cuanto a las restantes inversiones, el mismo precepto establece que "se acreditarán con la aportación de los contratos en los que queden descritos e identificados los bienes adquiridos o los servicios prestados, sus precios y condiciones de pago en cada caso, así

como la justificación con arreglo a la práctica mercantil de los pagos realizados y su contabilización". De todo ello resulta que cuando las condiciones de la subvención prevén una determinada inversión en terrenos o en otros conceptos -en lo que ahora importa, en obra civil- por parte de la empresa subvencionada, se trata evidentemente de inversiones que han de incorporarse íntegramente al patrimonio de dicha empresa. Si por las razones que fueren, urbanísticas o de otra índole, la actora no podía cumplimentar dicha condición, debía haber instado una modificación de las condiciones, lo que no hizo. Por otra parte, la inversión debía cumplirse en la fecha de fin del período de vigencia, mientras que la acreditación debía haberse hecho en los cuatro meses posteriores a dicho momento -punto segundo, apartado 5 de la Orden de 23 de mayo de 1.994 y punto 2.8 de las condiciones de la resolución individual de concesión- y en el caso de los inmuebles, mediante la correspondiente escritura pública. Como se ha indicado ya en el fundamento de derecho segundo, las correspondientes escrituras públicas de adquisición de los terrenos y declaración de obra nueva se aportaron en fecha muy posterior y no acreditaban la plena propiedad de tales inversiones. En consecuencia, no se puede objetar la declaración de incumplimiento parcial en relación con dichas inversiones.

- **Obligaciones inherentes a la principal de la inversión: licencia de obras.** STS de 5 de marzo del 2010 (RCA 335/2008)

Es evidente que entre dichas obligaciones se encontraba la preceptiva de obtener las licencias de obras, actividad y autorización ambiental integrada, y su carencia determina que la actividad realizada era ilegal. No cabe calificar dichas obligaciones de meramente accesorias o secundarias, sino de autorizaciones esenciales para comprobar que la actividad industrial subvencionada se ajusta a los términos legalmente exigibles.

- **Demora en la justificación de la inversión efectivamente realizada.** STS de 16 de marzo del 2012 (RC 1680/2010)

Bajo la infracción de los artículos 34.2 y 3, 35 y 36 del Reglamento de la Ley 50/1985, así como de los principios generales de buena fe y vinculación a los propios actos, alega la recurrente que la inversión para la que se concedió la subvención fue ejecutada en su totalidad en la fecha exigida. Así pues, únicamente le es imputable la falta de justificación en el plazo concedido, lo que configura el incumplimiento de una mera obligación formal o instrumental que no puede conducir a la pérdida de la subvención.

La sociedad impugnante alude en su defensa al principio de proporcionalidad recogido en los artículos 30.8 y 37 de la Ley General de subvenciones, y finaliza citando otros pronunciamientos judiciales sobre el alcance del incumplimiento de dicha obligación formal de justificación cuando se halla cumplida la obligación material de inversión. De esta Sala menciona las Sentencias de 6 de junio de 2007 , 14 y 28 de febrero de 1997 y 28 de julio y 19 de octubre de 1996 .

Esta pretensión debe estimarse, por ser la situación que se plantea en el pleito, si no absolutamente idéntica, sí análoga esencialmente a la resuelta en nuestra Sentencia de 6 de junio de 2007 (RC 8246/2004), de oportuna cita.

En ambos casos el incumplimiento imputado a la beneficiaria consistió en el de las condiciones particulares 2.4 y 2.5 de las órdenes de concesión, las cuales exigían

acreditar en determinada fecha dos hechos: primero, la disposición de un nivel de autofinanciación equivalente a cierto porcentaje sobre la inversión aprobada y, segundo, la ejecución material de un 25% de la inversión. También coincide en los dos supuestos que, en la fecha en que debía hacerse la justificación, la totalidad de la inversión había sido concluida, pues se habían erigido los establecimientos proyectados y se hallaban en funcionamiento. Mientras que en este caso la Sala de instancia desestimó el recurso, en el que fue objeto de la precedente Sentencia el recurso de la beneficiaria se había estimado por la Sección Sexta del mismo Tribunal Superior de Madrid.

- **Documentos justificativos de la inversión.** STS de 24 de abril del 2012 (RC 2952/2009)

En su motivo único de casación, el Sr. Abogado del Estado, que denuncia la infracción de la regla *venire contra factum proprium non valet*, con referencia a los artículos 7.1 del Código Civil y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial así como la jurisprudencia relativa a la necesidad de atenerse a las bases de la convocatoria, afirma que "Telefónica estaba obligada a presentar los justificantes bancarios del pago de las inversiones y gastos", pero lo cierto es que no llega a precisar en qué parte de las normas que regían la concesión de las ayudas se encuentra dicha específica obligación. De las condiciones que transcribe en su escrito de recurso ninguna exige que la justificación de los gastos realizados se haya de hacer precisa y exclusivamente mediante justificante bancario, lo que es tanto como admitir que cabe acreditar la realización de la actividad objeto de ayuda (esto es, de los gastos incurridos) mediante otros medios de prueba documental admisibles en Derecho, según en este caso bien resolvió el tribunal de instancia.

Con acierto destaca "Telefónica de España, S.A.U." al oponerse al recurso del Sr. Abogado del Estado cómo, ante la ausencia de otra regla específica en las bases de la convocatoria o en la resolución de concesión de la ayuda, es aplicable el artículo 30 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que permite acreditar los gastos mediante "facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente en el tráfico jurídico o mercantil".

XV.6.5. Obligación de creación de empleo

- **Importancia que reviste en materia de Incentivos Regionales.** STS de 22 de septiembre de 2009 (RC 401/2007).

En efecto, el planteamiento que de la cuestión se realiza en la demanda resulta del todo inviable por cuanto desconoce la naturaleza y finalidad de la concesión de estos incentivos regionales. Nos hallamos ante el incumplimiento de una exigencia esencial y coherente con el designio que inspira la concesión de estos incentivos, cual es la obligación de crear empleo durante un período. Como manifestamos en la sentencia de 22 de abril de 2009, dictada en el recurso de casación número 71/2007, quien pretende obtener en su provecho caudales públicos por la vía de la subvención debe guardar una conducta respetuosa con las obligaciones, materiales y formales, a cuyo cumplimiento se subordina la entrega de aquéllos, y que la observancia de las condiciones impuestas ha de ser rigurosa. Se entregan fondos públicos, entre otras finalidades, para que la

empresa beneficiada cree empleo en zonas desfavorecidas y mantenga en ellas los puestos de trabajo existentes durante una serie de años. Finalidad que no quedaría cumplida si se admitiera que una de las condiciones trascendentales, como es la del empleo, debiera cumplirse exclusivamente en el momento de la terminación del plazo de vigencia y no a lo largo de todo el período contemplado.

- **Forma de cumplimiento:**

- **Cálculo de la media de empleos** durante la obligación del beneficiario. STS de 30 de noviembre de 2001 (RC 3632/2009)

Primero, en supuestos idénticos al actual esta Sala ha señalado que es improcedente acudir al cálculo de la media de trabajadores durante el plazo de vigencia de la subvención para determinar el cumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo. Dados los términos en que la orden de concesión establece esta obligación de la concesionaria y los fines esenciales que justifican el otorgamiento de ayudas como la de autos, no cabe otra interpretación que la sostenida en la Sentencia de instancia equiparando el mantenimiento del empleo con la permanencia ininterrumpida del empleo creado o ya existente.

Como dijimos en la STS de 28 de septiembre de 2009 (RCA 353/2007): «mantenimiento del empleo es un mínimo de trabajadores que hay que mantener en todo momento». Y en la STS de 7 de noviembre de 2007 (RC 151/2006), reiterada en nuestras SSTS de 30 de marzo de 2010 (RCA 12/2008) y 11 de febrero de 2011 (RCA 39/2010), declaramos que «la condición de creación de empleo establecida en el acto de concesión impone el mantenimiento del mismo durante el período de vigencia y dos años más, lo que implica que el empleo debe ser continuado sin posibilidad de compensar las fases de superación con las de disminución; [...] y con cita de la precedente Sentencia de 22 de marzo de 2004 se expresa que "[...] la obligación que comporta no es sólo de creación y sí de mantenimiento de los puestos de trabajo comprometidos y siendo así que las subvenciones como la de que se trataba, tienen como finalidad esencial la de fomento de determinadas actividades empresariales y del empleo consecuente con ellas, es obligado que lo comprometido tenga una cierta continuidad en el tiempo [...] Lo contrario, esto es, pretender tener por cumplida esa obligación de creación de empleo, sin que durante el tiempo de vigencia estuviese constituida la plantilla en la forma comprometida -por más que por lo ya expuesto ni siquiera en este caso pudiera afirmarse de modo concluyente, a tenor de lo actuado, que se cumpliera la condición aceptada-, durante todo el tiempo de la vigencia, es supuesto de incumplimiento que encaja en los términos apreciados por la Administración».

- **Imposibilidad de acudir al momento de terminación de la obligación.** STS de 22 de septiembre de 2009 (RC 401/2007).

Por tal razón, resulta inviable la tesis de la actora que manifiesta que en el momento del vencimiento del período de vigencia, que en su subjetivo interés fija en el año 2003, cumplía las condiciones de empleo, por cuanto la observancia de las condición del "mantenimiento del empleo" ha de realizarse durante todo el período contemplado en la concesión y no sólo en el momento de su terminación. No bastando su cumplimiento en la fase final, como si la condición estuviera dirigida a obtener un resultado o un objetivo que sólo ha de cumplirse en un ulterior momento final pues la referencia en el Acuerdo

de concesión es al "mantenimiento del empleo" entendido como la conservación y permanencia del empleo durante el tiempo de la concesión, cuando constatamos la grave, continua y permanente inobservancia de dicha condición esencial.

- Cómputo de los **trabajadores en excedencia y de los subcontratados**. STS de 28 de septiembre de 2009 (RCA 353/2007).

En el quinto fundamento de la demanda se sostiene la procedencia de computar también los trabajadores en excedencia, dado que dicha situación supone la suspensión del contrato de trabajo y no su extinción. De nuevo incurre la actora en una concepción puramente nominal del cumplimiento de la condición de creación y mantenimiento del empleo. Al igual que dicha condición no se cumple por la mera firma de contratos temporales si luego tales contratos no se plasman en horas trabajadas a computar en puestos de trabajo, tampoco resulta admisible el cómputo de aquellos contratos que, por estar en suspenso, no implican el mantenimiento real y efectivo del empleo comprometido. La condición de creación y mantenimiento de empleo tiene como objetivo el alta efectiva de un determinado número de trabajadores, no la existencia nominal de un determinado número de contratos. Y al igual que sucedía con la alegación expuesta en el fundamento anterior, nada tiene que ver esta cuestión subvencional con las previsiones del derecho laboral en relación con las situaciones de excedencia voluntaria o forzosa de los trabajadores. Tales contratos en excedencia, con independencia de los derechos laborales subjetivos de los trabajadores afectados, quedan fuera del cómputo de empleo mínimo a mantener por la empresa en un período de tiempo a los efectos de la subvención recibida -naturalmente, salvo que otra cosa se dijera expresamente en el acuerdo de concesión-.

Finalmente, en el fundamento sexto de la demanda se plantea el cómputo de los trabajadores subcontratados, refiriéndose con ellos a los puestos de trabajos pertenecientes a empresas subcontratadas por Terra Mítica para determinados servicios como seguridad, limpieza, jardinería, etc. Al margen del exiguo número de estos que habría que computar (5,96 en media bianual, según los cálculos de la propia demandante) que en ningún caso alterarían el resultado del incumplimiento superior al 50%, debe rechazarse también el argumento. No porque no sea posible en abstracto computar tales empleos en materia subvencional, puesto que con frecuencia las subvenciones contemplan la creación de empleo indirecto -"subcontratado", en los términos del recurso-, sino porque en el supuesto de autos la concreta resolución de concesión no contempla la creación de dicho empleo indirecto. El número de puestos de trabajo de 1.407 a crear y mantener es de empleo directo, por lo que no cabría computar los que la actora pretende.

- Cómputo de los **trabajadores latentes**. STS de 28 de septiembre de 2009 (RCA 353/2007).

Finalmente y sobre todo, cabe señalar también que en modo alguno podría admitirse la pretensión de la actora de que contratos firmados pero que no hayan dado lugar a ningún trabajo efectivo -denominados contratos latentes- puedan computarse como cumplimiento de creación o mantenimiento de empleo. Este compromiso no puede conceptuarse como un requisito puramente formal, sino que tiene como objetivo el efectivo fomento del empleo, condición esencial de la mayoría de las subvenciones e incentivos regionales e industriales y que la jurisprudencia de esta Sala ha contemplado

siempre con rigor. Una cosa es que puedan admitirse para la concesión de una subvención determinadas previsiones laborales de trabajadores estacionales o, incluso, para el abono de la misma a reserva de la comprobación final de su cumplimiento, y otra que dichas previsiones puramente contables basten por sí solas para admitir el cumplimiento del requisito de creación o mantenimiento del empleo.

- fijación del nivel de empleo en los **trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos**. STS de 28 de septiembre de 2009 (RCA 353/2007).

La cláusula correspondiente del acuerdo de concesión dice así:

"[...] Para los contratos a tiempo parcial, incluido el fijo discontinuo, es preciso realizar su equivalencia dividiendo la suma de las horas trabajadas por la jornada anual de la actividad de que se trate."

También deben tenerse en cuenta, para resolver esta cuestión, los siguientes datos. Por un lado, que en la solicitud de subvención de la propia actora se efectuaba dicha conversión en 1.848 horas. Por otra parte, que la Administración ha efectuado la conversión en el expediente de incumplimiento empleando el máximo de la jornada laboral anual de los trabajadores indefinidos en el convenio colectivo de Terra Mítica, como más beneficiosa para la empresa, 1.826 horas, correspondiente. Finalmente, la actora entiende que debe aplicarse para la conversión el máximo de 1.406 horas anuales previsto en el referido convenio para los contratos a tiempo parcial.

Tampoco en este punto puede admitirse el planteamiento de la actora. Tiene razón el Abogado del Estado en que la concesión se hace a partir de la solicitud de la empresa peticionaria, por lo que dicha propuesta es un criterio interpretativo relevante de la resolución de concesión, de forma que las previsiones de empleo contempladas por la Administración para otorgar o no una subvención tienen como primera referencia tal propuesta, aparte claro de lo que indique la normativa aplicable. Quiere esto decir que la Administración ha otorgado la concesión calculando el fomento del empleo que puede alcanzarse a partir de los propios datos de la solicitud. En consecuencia, si la empresa solicitante empleó un determinado factor de conversión, en concreto la jornada laboral máxima de los trabajadores indefinidos en el sector, de no haber una especificación contraria en la normativa aplicable o en el propio acuerdo de concesión, sin duda el criterio a utilizar es el mismo propuesto por la empresa y con el que presumiblemente operó la Administración.

En el presente supuesto, debemos partir del propio acuerdo de concesión, el cual no hace más precisión que remitirse a la "jornada anual de la actividad de que se trate". En principio, dicha referencia de conversión conduce a la jornada laboral anual media de los trabajadores indefinidos del sector, puesto que no contiene ningún indicio en ningún otro sentido. Ello es, además, lógico desde la perspectiva de la Administración, cuyo interés es promocionar al máximo el empleo, ya que dicho criterio supone emplear un factor de conversión que se traduce en un mayor número de horas de trabajo y, por tanto, de trabajadores contratados. Si a esto se suma el que dicho criterio fue el propuesto por la empresa solicitante, es claro que no hay ninguna razón que lleve a interpretar la citada cláusula del acuerdo de concesión de forma distinta. La Administración lo ha suavizado empleando el mismo criterio (jornada laboral anual de

los trabajadores indefinidos) sobre la base del convenio colectivo de la propia empresa, pero ello no deja de ser una variación sobre el mismo criterio sustancial, el de la jornada de los trabajadores indefinidos. Por el contrario, no existe ninguna razón para alterar dicho criterio básico y emplear el de la jornada máxima de los trabajadores temporales en el convenio colectivo de la empresa, en contra lo propuesto en su día por la propia empresa. Este cambio supondría, además, dejar la interpretación del acuerdo de concesión en manos de la empresa, con una amplia capacidad de decisión sobre la cláusula del convenio referida a ese tipo de contratos parciales. Digamos por último en relación con determinados argumentos de la recurrente relativos a la regulación laboral de dichos trabajadores, que no se trata aquí de una cuestión referida a dicha normativa (cuál sea su jornada máxima aplicable o similares), sino de un simple factor de conversión entre las horas de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos y los puestos de trabajo, a los solos efectos del cumplimiento de la condición de creación y mantenimiento de empleo en una concreta subvención. Se trata, en definitiva, exclusivamente de la interpretación de una cláusula contractual subvencional que debe atenerse a los criterios que se han expuesto, y no de una cuestión de derecho laboral.

- **Bajas voluntarias** de los trabajadores. STS de 30 de marzo de 2010 (RC 12/2008)

El motivo de impugnación del Acuerdo gubernamental recurrido, sustentado en la imposibilidad de imputar a la empresa beneficiaria un incumplimiento de las condiciones de empleo en el momento de la finalización del periodo de vigencia, puesto que el desfase comprobado, en relación con la creación y mantenimiento de 10 puestos de trabajo, es consecuencia de circunstancias ajenas a su voluntad, por haberse producido una serie de bajas de los trabajadores de carácter voluntario, en ejercicio de sus derechos laborales, debe ser desestimado, ya que consideramos que no constituye una causa de exoneración de responsabilidad, en la medida en que no cabe flexibilizar la exigencia de cumplimiento de las condiciones de empleo, en base a la alegación de la existencia de bajas de los trabajadores y la imposibilidad de cubrir temporalmente los puestos de trabajo comprometidos, siguiendo los criterios jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 31 de octubre de 2007 .

- **Traspaso de trabajadores de un centro a otro.** STS de 20 de abril del 2010 (RC 3000/2007)

Hemos afirmado en alguna sentencia (la de 22 de abril de 2009, al resolver el recurso de casación número 71/2007) que entre las condiciones pro futuro a las que puede subordinarse el otorgamiento de este género de incentivos es admisible la que exija el mantenimiento global de un determinado nivel de empleo, sin.

Considerábamos lógica dicha condición "[...] pues con ella se trataba de impedir que la creación y el mantenimiento del empleo en dicho centro se hiciera a costa de reducirlo en los demás establecimientos de la empresa situados en Burgos, traspasando los correspondientes trabajadores al de la Bureba". Era, decíamos, una exigencia adicional "coherente con el designio que inspira la concesión de estos incentivos: se entregan fondos públicos, entre otras finalidades, para que la empresa beneficiada cree empleo neto en zonas desfavorecidas y mantenga en ellas los nuevos puestos de trabajo así creados (más los ya existentes) durante una serie de años. Finalidad que no quedaría

cumplida si sólo se produjeran meros desplazamientos de trabajadores de un puesto de trabajo ya existente dentro de la misma empresa a otro".

No negamos, pues, la validez de una concesión del incentivo que adopte como exigencias singulares -plasmadas en la resolución originaria, con eficacia pro futuro - no sólo la relativa al empleo en la instalación industrial de cuya creación o ampliación se tratara, sino también la de mantener el empleo de toda la compañía en su conjunto.

- **Destrucción de empleo.** STS de 22 de septiembre de 2009 (RC 401/2007).

La parte recurrente fundamenta la quiebra de la proporcionalidad alegando que cumplió la obligación relativa al mantenimiento de los puestos de trabajo, aportando un informe sobre el análisis de la evolución de los puestos de trabajo en la empresa subvencionada. No obstante, tal documentación no desvirtúa en absoluto los datos documentados que figuran en el expediente administrativo. Se trata de documentos emitidos por la Dirección Provincial de la Tesorería General de Murcia en la que se expresa con claridad que durante el plazo de vigencia del expediente, único que podemos tomar en consideración, según hemos expuesto, la entidad solamente contaba con 309 puestos de trabajo, lo que supone no sólo no crear los puestos de trabajo comprometidos, tanto de nueva creación como al mantenimiento de los anteriores ya existente, sino también, lo que resulta relevante, la destrucción de empleo desde el mismo momento en que se produce la fusión a la que nos hemos referido. Es claro, pues, que ante un incumplimiento como el de autos, que implicó la destrucción de puestos de trabajo respecto de los ya existentes en la fecha inicial, las consecuencias para la subvención no pueden determinarse aplicando el criterio de la proporcionalidad en atención al número de puestos de trabajo destruidos y aquél ha de calificarse, con arreglo al precepto indicado, como total.

XV.6.7. Obligación de colaborar con la labor administrativa de comprobación: deber de informar de los cambios de domicilio. STS de 30 de marzo de 2012 (3731/2009)

Ya hemos indicado que el retraso de la beneficiaria en cumplir su deber de comunicar los cambios de domicilio abarcó, en lo que consta a la Sala, desde el 13 de febrero, cuando se intentó la primera notificación, hasta el 28 de julio, en que se informó de dicho cambio. La demora es sin duda reprochable en cuanto implica un incumplimiento de las obligaciones de la entidad concesionaria de la subvención, pero no alcanza la dimensión de «resistencia, excusa, obstrucción o negativa» al cumplimiento del deber de colaborar que recae sobre los beneficiarios de toda subvención conforme al art. 46.1 de la Ley General ya mencionada. La actitud obstruccionista denota un comportamiento doloso de su autor que no es apreciable, ni por vía de inferencia, de los hechos que subyacen en este proceso. En este caso la entidad beneficiaria de la subvención acudió, por propia iniciativa, a comunicar el cambio de domicilio, lo que no es coherente con una hipotética voluntad obstruccionista. Además, ha manifestado reiteradamente en vía administrativa su disposición a someterse al control financiero, hasta el punto de que la propia Consejería de Agricultura, competente para dictar la resolución de reintegro, comunicó esta circunstancia a la Consejería de Hacienda, responsable del control

financiero, a fin de que la tomara en consideración, lo que esta no estimó procedente por las razones que figuran en su respuesta.

XV.6.8. Obligación de justificación del beneficiario

- **Momento en que debe cumplirse.** STS 25 de octubre del 2012 (RC 5316/2009)

La norma contenida en el número 1) del apartado tres de la Orden de la convocatoria, aunque fije un día determinado como fin del plazo de presentación, no puede desembocar en unas consecuencias opuestas a la facultad de subsanación que contiene la normativa general sobre procedimiento administrativo y, en concreto, sobre subvenciones (así, en el artículo 23.5 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones). Aquella norma de la Orden es reproducción de lo dispuesto en el artículo 5.3 del Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para la Concesión de Subvenciones Públicas, en el que también se hace referencia a la aportación de documentos en el trámite de audiencia. El actual Reglamento, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, es más amplio en este aspecto, pues autoriza expresamente la subsanación de los defectos apreciados en la justificación presentada por el beneficiario (artículo 71.2).

En el supuesto examinado por la Sala, la documentación aportada en el trámite de audiencia tenía por finalidad salvar o corregir una omisión que había provocado el criterio de la comisión técnica opuesto al reembolso del gasto, es de suponer que por falta de su formal acreditación. Tales documentos, así pues, eran meramente complementarios o acreditativos de la realización de unos desembolsos de los que ya había cierta justificación, aunque fuera incompleta, en la documentación original. Por tanto, no nos hallamos ante el supuesto a que alude el Abogado del Estado: la aportación de documentos justificativos de gastos ajenos a los comprendidos en la solicitud de subvención.

Así pues, la facultad del interesado de presentar los documentos que adicionaban la justificación de esos gastos se hallaba en este caso comprendida en el derecho derivado del trámite de audiencia reconocido en la Orden de convocatoria, tal como interpretó la Sala de instancia.

- **Medios de justificación.** STS de 10 de octubre del 2011 (RC 3346/2008)

En el desarrollo argumental de su motivo único el Abogado del Estado se limita a afirmar que "Telefónica de España, S.A.U." "estaba obligada a presentar los justificantes bancarios del pago de las inversiones y gastos", pero lo cierto es que no llega a precisar en qué parte de las normas que regían la concesión de las ayudas se encuentra dicha específica obligación. De las tres condiciones que transcribe en su escrito de recurso ninguna exige que la justificación de los gastos realizados se haya de hacer precisa y exclusivamente mediante justificante bancario, lo que es tanto como admitir que cabe acreditar la realización de la actividad objeto de ayuda (esto es, de los gastos incurridos) mediante otros medios de prueba documental admisibles en Derecho, según en este caso bien resolvió el tribunal de instancia.

Con acierto destaca "Telefónica de España, S.A.U." al oponerse al recurso del Abogado del Estado cómo, ante la ausencia de otra regla específica en las bases de la

convocatoria o en la resolución de concesión de la ayuda, es aplicable el artículo 30 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, que permite acreditar los gastos mediante "facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente en el tráfico jurídico o mercantil".

No hay pues, infracción de la doctrina de los actos propios ni del principio de buena fe pues el aquietamiento de la sociedad beneficiaria a las bases y a las condiciones singulares bajo las que se le concedió el crédito reembolsable no se extiende sino al contenido de unas y otras, contenido que, repetimos, en este caso no se ha demostrado que incluyera la exigencia de una específica modalidad de acreditación de los gastos mediante "justificante de pago bancario" y que excluyera otros medios de prueba admisibles en Derecho.

XV.6.9. Incumplimiento de las condiciones por el beneficiario. Causas de fuerza mayor. STS de 22 de marzo del 2012 (RC 966/2009)

Conforme a estos criterios jurisprudenciales, consideramos que el planteamiento impugnatorio que postula la defensa letrada de la mercantil recurrente descansa sobre un presupuesto erróneo de entender que la Sala de instancia debió apreciar la concurrencia de causa de fuerza mayor, derivada de la imposibilidad sobrevenida de explotar el yacimiento y comercializar la pizarra extraída, atendiendo a que la empresa beneficiaria de la subvención había empleado toda la diligencia razonablemente exigible para tratar de averiguar los problemas del referido recurso minero y, en consecuencia, acordar que «no se debía de responder por el incumplimiento», que no puede ser compartido. Cabe significar que lo relevante, en este supuesto, es, con independencia de la existencia o no de ánimo subjetivo de incumplir, si se ha alcanzado el objetivo de fomento de la actividad empresarial y de reforzar el desarrollo endógeno de la zona y, concretamente, de creación y mantenimiento de puestos de trabajo comprometidos que justificaba el otorgamiento de la subvención, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la mencionada Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales.

Por ello, estimamos que el hecho de que la empresa recurrente realizara numerosos estudios respecto de la explotación del yacimiento de pizarra que no detectaron anomalías relevantes en referencia a la resistencia del mineral, no aboca a que la Administración tenga que participar de los riesgos empresariales, de forma que implique la improcedencia de la obligación de reintegro de los incentivos regionales percibidos.

En este sentido, cabe referir que, según dijimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2010 (RC 3619/2003), correspondía a la empresa beneficiaria de la subvención comunicar la modificación del proyecto de inversión inicial a los efectos de su autorización, conforme a lo dispuesto en el artículo 32.2 del Real Decreto 1535/1987, de 12 de diciembre.

XV.6.10. Principio de proporcionalidad en la graduación del incumplimiento

- **En general.** STS de 30 de marzo de 2010 (RC 12/2008)

[L]a determinación del porcentaje de reintegro es incorrecto por ser contrario al principio de proporcionalidad, por no tener en cuenta que la empresa beneficiaria había

cumplido el 100% de las condiciones de inversión establecidas en la resolución individual de concesión de incentivos regionales, debe estimarse parcialmente, siguiendo los criterios jurídicos expuestos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2002 (RC 382/2000), ya que una interpretación sistemática del artículo 37 del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 50/1985, de incentivos regionales para la corrección de los desequilibrios económicos interterritoriales, en la redacción debida al Real Decreto 302/1993, de 26 de febrero, exige ponderar conjuntamente las distintas causas de incumplimiento y, particularmente, el incumplimiento de las condiciones referentes a la cuantía de la inversión y el incumplimiento de las condiciones referidas a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo, por su carácter sustancial, puesto que consideramos que se produciría un resultado arbitrario y discriminatorio, atendiendo al principio de buena fe y confianza legítima, que deban promediarse el alcance del incumplimiento y, concretamente, la obligación de reintegro, en aquellos supuestos en que concurra la inobservancia conjunta de las condiciones de inversión y las de creación y mantenimiento de puestos de trabajo, y que, contradictoriamente, no tuviera efecto análogo el hecho de que la empresa beneficiaria sólo hubiera incumplido una de las referidas condiciones, que evidenciaría un mayor grado de predisposición de cumplir el objetivo del proyecto y de las obligaciones y compromisos impuestos por la Administración.

En este sentido, en la sentencia de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008 (RC 5005/2005), ya establecimos la directriz jurisprudencial de que cabe ponderar la concurrencia de las distintas causas de incumplimiento, con base en la aplicación del principio de proporcionalidad [...]

No cabe dividir el proyecto en distintos componentes para valorar el cumplimiento. STS de 8 de octubre de 2010 (RC 5708/2007)

En efecto, como indica la Abogacía del Estado ni los preceptos aplicables en la materia ni el sentido y finalidad propios de la política de incentivos económicos regionales permiten sostener tal interpretación puesto que lo subvencionable son los proyectos de inversión en su conjunto y no las inversiones aisladamente consideradas que tengan previsto realizar los solicitantes. El proyecto y la subvención son únicos y por tanto no cabe sostener que en realidad hay tantos proyectos como inversiones diferenciables por referencia a los diferentes elementos de equipo o inmovilizado en las que se concretan o que hay tantas subvenciones como inversiones prevean hacerse en diferentes elementos o bienes.

El entendimiento propugnado carece de toda base jurídica y únicamente responde a una consideración parcial y subjetiva de los proyectos subvencionables, que no pueden ser objeto de una consideración fragmentada de los distintos conceptos que lo integran. La determinación de las "inversiones incentivables" a los que se refiere el artículo 10 del Real Decreto 652/1988, de 24 de junio mencionado no permite extraer las consecuencias que se exponen en el recurso, que parte de una artificiosa disociación de los componentes que forman la inversión a los exclusivos efectos de diferenciar su iniciación y en definitiva, de soslayar la observancia de lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 652/1988. En fin, la infracción que se denuncia en el motivo casacional carece de fundamento y en consecuencia, este ha de ser desestimado.

- **En relación a la inversión de fondos propios.** STS de 30 de junio de 2010 (RC 5266/2007).

Es cierto que el reintegro de las subvenciones concedidas debe ser proporcional al incumplimiento de las obligaciones a las que aquéllas vienen condicionadas, según establece el artículo 17.3.n) de la Ley 38/2003. Dado que en el caso de autos no se llegó a justificar debidamente el cumplimiento de la condición esencial impuesta al beneficiario (la ya citada de aportar sus propios fondos a la construcción del polígono industrial), el incumplimiento de sus obligaciones de inversión ha de considerarse pleno, por lo que el reintegro de la ayuda pública recibida debe tener este mismo carácter.

- **En relación con la creación de empleo** (Incentivos regionales). STS de 22 de abril de 2009 (RC 71/2007)

A estos efectos el mencionado artículo [37 del Reglamento de ejecución de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de Incentivos Regionales, aprobado por el Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre] precisa que "tratándose de condiciones referentes a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo [...] si el incumplimiento excediera del 50 por 100 o tuviera como resultado la destrucción del empleo se entenderá que es total, debiendo reintegrarse todas las cantidades percibidas". Es claro, pues, que ante un incumplimiento como el de autos, que implicó la destrucción de puestos de trabajo respecto de los ya existentes en la fecha inicial (esto es, no limitado al nuevo empleo que hubiera de ser creado y mantenido, sino al que ya estaba incorporado a la empresa en el momento inicial), las consecuencias para la subvención no pueden determinarse de modo proporcional al número de puestos de trabajo destruidos y aquél ha de calificarse, por ministerio de la Ley, como total.

XVI. Telecomunicaciones

XVI.1. Cese de emisiones de programas de la televisión pública catalana por parte de una asociación para el territorio de la Comunidad Valenciana sin contar con la preceptiva autorización

XVI.2. Cobro del servicio de consulta telefónica

XVI.3. Conflicto de acceso entre operadores de telefonía móvil

XVI.4. Denegación del segundo canal de emisión analógica al Ente Público Radio Televisión Madrid

XVI.5. Ejecución del Plan Nacional de Transición a la TDT. Medidas cautelares

XVI.6. Principio de neutralidad tecnológica

XVI.7. Publicidad televisiva

XVI.8. Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones

XVI.9. Requerimiento de información por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

- Sobre la competencia de la Comisión
- Sobre la motivación de los requerimientos

XVI.10. Retirada de número telefónico

XVI.11. Retirada del producto Línea Hogar de Telefónica

XVI.12. Utilización de frecuencias radioeléctricas sin autorización

XVI. Telecomunicaciones

XVI.1. Cese de emisiones de programas de la televisión pública catalana por parte de una asociación para el territorio de la Comunidad Valenciana sin contar con la preceptiva autorización

“La peculiaridad del presente supuesto, que lo distingue de otros, es que -según ya hemos afirmado- se trata de emisiones televisivas difundidas lícitamente dentro de su ámbito territorial por un operador público, provisto de su propio título habilitante, que eran "reemitidas" por la asociación demandante a través de ondas terrestres para un ámbito territorial vecino, utilizando al efecto segmentos del dominio público (estatal) radioeléctrico no correspondientes a aquel emisor público. La asociación sancionada no asumía las funciones propias de un "operador audiovisual", siendo un mero retransmisor, sin más, de los programas televisivos del verdadero operador público. No concurría, pues, la carencia de título habilitante en las emisiones televisivas originarias. Y tampoco ha quedado demostrado que la utilización de las frecuencias efectivamente empleadas para la "reemisión" en parte del territorio valenciano se hiciera a costa de las asignadas a las televisiones cuyo título habilitante correspondía atribuir a la Generalidad Valenciana: en la demanda y en el recurso de casación se subraya que los canales "ocupados" por "Acció Cultural del País Valencià" eran los números 55 y 47 de TDT, mientras que a la Comunidad Autónoma Valenciana se le habían asignado los canales 57, 58, 60 y 62, sin que esta última afirmación haya sido contradicha. La competencia autonómica para controlar -y en su caso, sancionar- la prestación de los servicios de comunicación audiovisual se extiende, en principio, a aquellos cuyo ámbito de cobertura no sobrepase sus respectivos límites territoriales, además de aquellos cuya prestación se realice directamente por las propias Comunidades Autónomas o por las entidades a quienes hayan conferido su gestión. Fuera de estos supuestos, tanto si se trata de operadores de ámbito estatal como supra comunitario, y *a fortiori* si se trata de los servicios audiovisuales cuyos titulares se encuentren establecidos en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (para los que prevalece el principio general de libertad de recepción siempre que no interfieran técnicamente en las emisiones de los prestadores establecidos bajo jurisdicción española) aquellas competencias de control y sanción no están atribuidas a las Comunidades Autónomas. Y en este mismo sentido, la utilización indebida del dominio público radioeléctrico que en los referidos casos se

podiera producir corresponde, a nuestro entender, al Estado” (STS de 5 de noviembre de 2012 –RC 1577/2009-).

XVI.2. Cobro del servicio de consulta telefónica

“(…) no cabe subsumir en el tipo de infracción grave del artículo 54.o) de la Ley 32/2003 el cobro indebido del servicio de consulta telefónica, percibido por las empresas que facilitan estas informaciones, pues no se produce en tal supuesto un incumplimiento de obligaciones de servicio público, entendidas en su sentido legal. Otra cosa es que el cobro por los primeros once segundos de locución (en los que se informa al abonado del precio del servicio, y que han de tener carácter gratuito) por parte de las empresas que, en un régimen de competencia, facilitan información telefónica pudiera ser castigado en cuanto infrinja las disposiciones que regulan la prestación de dicho servicio informativo. Pero la obligación de este género que se impone a aquellas empresas lo sería de carácter público, no de servicio público, de modo que su incumplimiento, que a la vez afectaría a los derechos de los usuarios finales, podrá generar otras consecuencias sancionadoras pero no la que la resolución impugnada establece y trata de corroborar el Sr. Abogado del Estado en su recurso de casación” (STS de 27 de abril de 2012 –RC 3263/2009-).

XVI.3. Conflicto de acceso entre operadores de telefonía móvil

“El único motivo de casación articulado por el Abogado del Estado, que se fundamenta en la infracción del principio de responsabilidad, enunciado en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con la aplicación del artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en los estrictos términos formulados, no puede ser acogido, pues apreciamos que la Sala de instancia ha respetado este principio medular del Derecho administrativo sancionador, al considerar que no cabe imputar a Telefónica, ni siquiera a título de simple negligencia o inobservancia, el incumplimiento de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de julio de 2005, sobre el conflicto de acceso suscitado entre Jazz Telecom, S.A. y Telefónica de España, S.A.U., que obligaba a este operador a suministrar en el plazo de diez días laborables desde la notificación, los suministros correspondientes a solicitudes de entrega de señal en la modalidad capacidad portadora que se encontraban pendientes de entrega, al haberse acreditado que no obró con falta de diligencia, en orden a cumplir los mandatos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En efecto, cabe consignar que la exigencia de responsabilidad por la comisión del ilícito administrativo tipificado en el artículo 53 r) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que estipula que se considera infracción muy grave «el incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes», requiere que la conducta pueda imputarse a título de dolo o culpa, de modo que la sanción debe fundamentarse inexcusablemente en un juicio razonable de la reprochabilidad y sustentarse en la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en las sentencias 129/2003,

de 30 de junio y 243/2007, de 10 de diciembre. Por ello, no consideramos irrazonable la valoración que realiza la Sala de instancia de la conducta de Telefónica, en relación con el incumplimiento de la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de julio de 2005, pues, frente a la tesis sostenida por el órgano regulador, a la que se adhiere el Abogado del Estado en su recurso de casación, de que se habría acreditado un retraso deliberado en la provisión de servicios de acceso al bucle respecto de los plazos establecidos en la OBA, declara que el presunto incumplimiento en relación con aquellos supuestos en que se produjeron retrasos en referencia a la entrega de los circuitos correspondientes a las solicitudes, no fueron imputables a TESAU, al haber quedado demostrada la voluntad del operador dominante de cumplir inmediatamente lo ordenado en la referida resolución en el plazo impuesto, aceptando los datos fácticos suministrados por dicha mercantil de que se habían instalado 254 circuitos de los solicitados por JAZZTEL, quedando pendientes de entrega 48 circuitos, debido a errores, que serían entregados el 22 de septiembre de 2005” (STS de 24 de mayo de 2012 –RC 540/2010-).

XVI.4. Denegación del segundo canal de emisión analógica al Ente Público Radio Televisión Madrid

La resolución de la controversia exige partir de la génesis de los canales autonómicos, que se halla en la Ley 46/1983, que había introducido el "tercer canal" en el espectro televisivo. Tan imperativas como las normas de aquella ley, son las de la Ley 22/1999, que amplió la posibilidad ofrecida por la primera ley mencionada a un segundo canal autonómico. Ello obligaba al Estado a realizar lo necesario para superar las dificultades que pudiera suponer la ampliación en la gestión del espacio radioeléctrico. De hecho, en el ramo de prueba aparece acreditado que dicho esfuerzo se realizó en relación con otras Comunidades Autónomas distintas de la recurrente, a las que se autorizó el segundo canal, practicándose por la Administración del Estado las operaciones técnicas conducentes al reajuste del cuadro de frecuencias. Es más, la disponibilidad de frecuencias aparece corroborada más adelante mediante la incorporación de un nuevo canal analógico a través del Real Decreto 946/2005. No puede objetarse a lo anterior la inminencia del tránsito a la televisión digital, pues nada impedía autorizar el segundo canal autonómico a la Comunidad Autónoma recurrente de un modo condicionado temporalmente (STS de 11 de julio de 2011 –RC 4140/2008-).

XVI.5. Ejecución del Plan Nacional de Transición a la TDT. Medidas cautelares

Incidencia sobrevenida de la incoación por la Comisión Europea de un procedimiento como consecuencia de una ayuda de Estado. Los motivos de casación deben ser estimados pues el tribunal de instancia no lleva hasta sus últimas consecuencias la obligación de suspender las ayudas públicas inherente a la apertura del procedimiento comunitario. Es comprensible que declinara hacerlo respecto de lo que ya estaba ejecutado, tanto más cuanto que se atenía a lo expuesto por esta Sala del Tribunal Supremo en pronunciamientos anteriores. Pero debió proteger de un modo más activo, en sede cautelar, los intereses de la parte demandante que ésta había invocado en cuanto derivados directamente del artículo 108.3 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, aun cuando ello supusiera adoptar medidas sui generis diferentes de la

mera suspensión. Se subraya por parte del Tribunal Supremo el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de velar por la aplicación efectiva de las normas del Tratado (en este supuesto, el citado artículo 108.3 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) se ha de traducir, en lo que a la tutela cautelar se refiere, en un papel más proclive a evitar, de modo provisional, los efectos ulteriores, en principio perniciosos, de lo que se considera -por parte de la Comisión- una ayuda pública ya ejecutada (STS de 9 de octubre de 2012 –RC 279/2012-).

XVI.6. Principio de neutralidad tecnológica

“Hay que señalar, en primer lugar, que el citado principio tiene hoy un sólida base normativa y que si bien tiene una naturaleza principal, ello no permite desconocerlo salvo que medie una razón suficiente y perfectamente acreditada. En efecto, tal como alega la parte recurrente, la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) estipula de forma expresa en su artículo 8.1 lo siguiente: "Artículo 8 Objetivos generales y principios reguladores. 1. Los Estados miembros velarán por que, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en la presente Directiva y en las directivas específicas, las autoridades nacionales de reglamentación adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a la consecución de los objetivos enumerados en los apartados 2, 3 y 4. Estas medidas deberán guardar proporción con dichos objetivos. Los Estados miembros velarán por que, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en la presente Directiva y en las directivas específicas, en particular las destinadas a garantizar una competencia efectiva, las autoridades nacionales de reglamentación tengan en cuenta en la mayor medida posible la conveniencia de una regulación tecnológicamente neutra. Las autoridades nacionales de reglamentación podrán contribuir, dentro del ámbito de sus competencias, a la aplicación de políticas destinadas a la promoción de la diversidad cultural y lingüística y del pluralismo de los medios de comunicación." Este principio está recogido en la legislación española a través de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, lógicamente en cuanto que es precisamente la norma que transpone las diversas Directivas sobre telecomunicaciones aprobadas en 2002 y, entre ellas, la Directiva marco. Así, el artículo 3 de la Ley, dedicado a los objetivos y principios de la norma, recoge expresamente en la letra f) el objetivo o principio de "fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación". La flexibilidad con la que se recoge este principio evidencia de que no se trata de un mandato inexorable, sino que el legislador, por supuesto, pero también el Gobierno, podrían adoptar medidas en las que no fuera posible mantener una absoluta neutralidad entre las distintas tecnologías que concurren en este ámbito. Ahora bien, no cabe duda de que en tal caso dicha medida tecnológicamente no neutral debe estar sólidamente justificada, sin que fuese posible adoptar otra equivalente y respetuosa con el referido principio, y ser proporcionada en relación con los objetivos perseguidos. En el caso de autos es evidente que de considerar necesaria la imposición de esta obligación -algo que no ha quedado acreditado, según veíamos en el anterior fundamento de derecho-, el Gobierno podía haber impuesto esta obligación a los dos sistemas de redes o de difusión en disputa, el cable y el satélite. Una medida así, tecnológicamente neutral, sólo podría ser objetada desde la perspectiva de la proporcionalidad por los titulares de redes sometidos a tal obligación. Pero lo que sin duda no resulta admisible es adoptar dicha medida sólo respecto a una de dichas tecnologías cuando resulta posible hacerlo para ambas con carácter no discriminatorio. Así, en suma, desde el

punto de vista de la imposición de una obligación -como lo es formalmente, en sentido estricto- resulta injustificado para los titulares de redes obligados, en este caso los de cable. Y, desde el punto de vista de que la obligación tiene en la práctica el resultado de proporcionar una ventaja competitiva -como sucede materialmente en el caso-, la medida es con toda razón objetable por los operadores no "beneficiados" con la imposición de la obligación de transmisión de señal. Hemos visto que, como imposición de una obligación, no resulta acreditada satisfactoriamente su necesidad, aunque los afectados por la obligación no hayan reclamado contra la misma, por la obvia razón de los beneficios competitivos que la misma les proporciona. En cuanto a la no extensión de la obligación a las dos tecnologías, tampoco parece estar justificada, pese a las razones aportadas por la Administración, en especial en el informe aportado por el Ministerio de Industria al que nos hemos ya referido. En cuanto a ese aspecto, es preciso comenzar con una aclaración relevante. El recurso se interpone por una entidad titular de redes de satélite contra la imposición de una obligación a sujetos distintos, los prestadores de servicios de televisión por cable, reclamando que dicha medida se debía extender, en su caso, también a los prestadores de dichos servicios por satélite. No existiendo dudas sobre su legitimación -no discutida por las partes adversas-, ya que los intereses de la actora están indisolublemente unidos a los de los prestadores de servicios de televisión por satélite, como se justifica en su demanda, debe aclararse el posible sentido de su *petitum*. Es claro que en ningún caso podría la recurrente reclamar a este Tribunal que extendiéramos la obligación que el Gobierno ha impuesto a los titulares de los servicios de televisión por cable a los de televisión por satélite, pues ello supondría una imposible actuación de contenido materialmente normativo por parte nuestra. Pero es perfectamente admisible que se solicite, como así se hace, la nulidad de una obligación no conforme a derecho que le perjudica competitivamente, pues estando legitimada para recurrir, puede la parte impugnar cualquier vicio de legalidad del acto impugnado, tanto el ser una obligación impuesta a ciertos operadores sin justificación suficiente como, sobre todo, injustificadamente desconocedora del principio de neutralidad tecnológica. Hecha esta aclaración, debemos examinar si tiene razón la Administración del Estado al sostener que no era posible extender esta obligación a los operadores de servicios de televisión por satélite. En realidad, aunque ello fuera cierto, quedaría subsistente la falta de suficiente justificación de la imposición de una obligación, aunque la falta de reclamación por parte de los sujetos directamente afectados podría tener en tal caso cierta relevancia. Arguye la Administración en el informe del Ministerio de Industria las siguientes razones adicionales: mientras que a los operadores de cable la obligación de transmisión de la señal no les origina coste alguno, a los operadores de servicios de difusión por satélite les obligaba a la necesidad de ampliar su capacidad de transmisión a las redes satelitales, coste que podría ser desproporcionado; si se admitiera como objetivo de la obligación de transmisión de señal alcanzar una determinada cobertura -en vez de la real, evitar perjuicios a los usuarios de cable-, la difusión debería ser gratuita, mientras que el objetivo de la recurrente es ampliar la obligación a los operadores de satélite de pago; la imposición de la obligación a los operadores de satélite no permitiría respetar el alcance territorial propio de los canales autonómicos; la infracción del ámbito autonómico implicaría el no respeto a los derechos de propiedad intelectual contratados por dichos canales autonómicos exclusivamente para su ámbito de cobertura territorial; el principio de protección al usuario resulta favorecido al permitir al usuario de la televisión de cable el uso de un mando único para su oferta propia más la de los canales de transmisión obligatoria, lo que no resultaría técnicamente posible en el caso de las transmisiones por satélite. Las razones técnicas son claramente descartables en la actualidad, en la que la

oferta satelital es perfectamente acomodable al ámbito territorial deseado mediante la codificación correspondiente -como contraargumenta la parte recurrente, en el momento presente la codificación permite articular incluso ofertas personificadas a cada usuario-. También es errónea la supuesta imposibilidad del mando único en el caso de la difusión por satélite, antes al contrario, la aspiración a ofrecer la mayor parte de canales en el mando propio (de cable o de satélite) se configura como una oferta competitiva de gran valor hoy día y plenamente vigente en ambas tecnologías. Queda pues, tan sólo, la supuesta desproporción del coste que implicaría a los operadores de servicios de difusión por satélite la contratación de más capacidad de red, frente a la inexistencia de costes para los operadores de cable. A este respecto cabe decir que tampoco ha efectuado la Administración el menor esfuerzo de acreditación del coste y su desproporción, en especial ponderando tales costes con las ventajas y desventajas competitivas de incluir o no los canales generalistas en la respectiva oferta de los titulares de servicios de difusión por cable y por satélite. Por lo demás debe decirse también que en el concreto recurso interpuesto por Ses Astra, tal incremento de coste originado en la necesidad de los operadores de difusión satelital de contratar más capacidad de red es precisamente la ventaja material que le impulsa a recurrir, esto es, la auténtica *causa petendi*. En suma, nos encontramos con una obligación cuya necesidad no ha sido adecuadamente justificada, tecnológicamente no neutral y respecto a la que los no sometidos a ella aducen con razón una desventaja competitiva injustificada y cuyo incremento de coste presumible en caso de estar también obligados a ella asumirían de buen grado. Debe tenerse en cuenta que la cuestión última, en definitiva, es la indiscutible conveniencia competitiva de ofrecer tales canales por parte de unos y otros operadores. En tal situación, los obligados administrativamente cuentan con la ventaja de que los titulares de los canales objeto de la obligación están asimismo obligados a llegar a un acuerdo con los operadores sometidos a la obligación de transmisión de señal y no, en cambio, con los restantes; de esta manera, si los no obligados desean transmitir también dicha señal deben llegar a un acuerdo puramente privado sin la ventaja de negociación consistente en que, en caso de imposibilidad de alcanzar un acuerdo, existe un mecanismo forzoso de mediación ante la Administración (apartado 3, segundo párrafo, de la disposición transitoria impugnada). La evolución de la realidad ha demostrado, en efecto, que tanto los titulares de los servicios de difusión por cable -obligados- como los de satélite -mediante acuerdos comerciales voluntarios- difunden dichos canales generalistas y habilitan el uso de un mando único. Así las cosas, el argumento de la desproporción del coste de imponer tal obligación carece de virtualidad frente a la evidencia de que la ventaja competitiva que comporta la transmisión de tales canales les ha llevado a asumir voluntariamente tales costes. La conclusión es que se trata de una obligación que -con independencia de cual fuese su pretendida justificación, la ampliación de la cobertura o la protección de los usuarios de las plataformas de cable y satélite- que implicando una ventaja competitiva y articulando un mecanismo forzoso de arbitraje para la emisión de las señales, de no imponerse a todos los servicios de difusión de televisión se configura como una obligación competitivamente discriminatoria para la tecnología no obligada a ella. Por último, es verdad que la norma impugnada se refiere exclusivamente a los servicios de difusión por cable. Pero si la Administración consideraba justificada y con habilitación legal suficiente la imposición de la obligación de transmisión de señales a los operadores de difusión nada le impedía haber extendido dicha obligación también a los titulares de difusión por satélite. Al haberlo hecho sólo a los operadores de una tecnología ha impuesto una obligación no justificada pero materialmente ventajosa, de

forma discriminatoria respecto a la otra tecnología y, por tanto, en forma contraria a derecho” (STS de 18 de noviembre de 2009 –RCA 66/2006-).

XVI.7. Publicidad televisiva

El recurso trae causa de la sanción impuesta a una sociedad televisiva, por haber superado el límite de tiempo destinado a publicidad en determinada franja horaria. La discusión se centra en el carácter publicitario o simplemente cultural, de un programa de breve duración en que se hace alusión a diversos eventos culturales. Para resolver la cuestión, es necesario partir del carácter comercial de la publicidad televisiva, destinada a incitar la contratación de determinados bienes y servicios por sus destinatarios. En cambio, la información o divulgación sobre eventos culturales no tiene necesariamente carácter publicitario, aunque suponga la promoción de la asistencia a los mismos, como consecuencia secundaria de su carácter informativo. En los supuestos dudosos, habrá que atender a la previa existencia de relaciones mercantiles entre el anunciante y el operador televisivo (STS de 8 de abril de 2011 –RCA 4987/2008-).

XVI.8. Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones

“Sentada pues la capacitación técnica de los ingenieros industriales en materia de telecomunicaciones -a salvo de que pudiera acreditarse lo contrario en algún supuesto concreto-, así como el principio de concurrencia competencial, debemos determinar si la limitación que supone restringir la actividad de que se trata a otras titulaciones queda cubierta por la excepción contemplada en el artículo 13.2.c) de la Ley -que traspone la establecida en el artículo 17.6) de la Directiva de Servicios-, en el sentido de que pudiera considerarse que la elaboración de un proyecto técnico de ICT constituye, por virtud de la disposición impugnada, una actividad legítimamente reservada por el Estado español a una profesión -la de ingeniero o ingeniero técnico de telecomunicaciones-. Debe rechazarse esta posibilidad. Por un lado no parece plausible entender que una labor profesional tan concreta y limitada como la elaboración de un proyecto técnico para las instalaciones comunes de telecomunicaciones en los edificios pueda calificarse como una "actividad" en el sentido del citado precepto de la Ley. Cuando la Directiva primero y la Ley interna después hablan de reservar una actividad a una profesión ha de entenderse que, en principio y a salvo de cualquier excepción, ambas normas se refieren a una actividad genérica. Lo contrario supondría admitir que pudieran establecerse todo tipo de excepciones casuistas y concretas que hiciesen ineficaz la garantía de la libertad de prestación de servicios, al abrirse la posibilidad de que cualquier actividad de servicios pudiera tener múltiples excepciones reservadas a determinados profesionales. En todo caso, cualquier excepción tan concreta y delimitada como la que constituye el objeto de este litigio, deberá estar expresamente justificada por razones que superasen las restricciones a la libertad de ejercicio garantizada por las citadas Directiva de Servicios y Ley 17/2009. Sin embargo, dicha limitación no sólo no se justifica por la disposición impugnada -ni, en su momento, por la Ley 10/2005- sino que un examen de la misma muestra que no supera los criterios contemplados tanto en la Directiva como en la Ley citadas respecto al fundamento y

carácter de mínima intervención y proporcionalidad de los requisitos que pueden imponerse a libre ejercicio de una actividad de servicios. En efecto, en cuanto al fundamento, no puede entenderse que la exigencia de la intervención de los ingenieros e ingenieros técnicos de telecomunicaciones esté justificada por una razón imperiosa de interés general (art. 9.2.b de la Ley 17/2009) -con lo que tampoco sería proporcionada a dicha razón, según requiere el apartado siguiente (9.2.c)-. En términos más concretos, el artículo 12.3 de la propia Ley admite que el ejercicio temporal de una actividad de servicios por parte de prestadores de otro Estado miembro pueda someterse excepcionalmente a requisitos establecidos por la legislación sectorial "por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente", además de ser proporcionados, no discriminatorios y motivados. Pues bien, no parece que pueda esgrimirse ninguna razón de tal naturaleza para la elaboración de un proyecto técnico sobre las instalaciones comunes de telecomunicaciones en los edificios. A este respecto podemos afirmar lo mismo que hemos declarado en otro asunto resuelto recientemente en relación con el requisito, también contemplado por el propio Real Decreto aquí impugnado, consistente en la necesidad de una verificación externa obligatoria del mismo proyecto que examinamos, exigencia que hemos anulado en tanto que requisito obligatorio (...). Las mismas razones nos conducen a declarar que el requisito de que los proyectos técnicos de ICT sean elaborados necesaria y exclusivamente por ingenieros de una concreta especialidad es contrario a las referidas exigencias de la Ley 17/2009 para toda limitación al libre ejercicio de prestación de servicios, así como a las de la Directiva de Servicios reiteradamente invocada. En consecuencia y tal como propugna la recurrente, dicha exigencia ha sido derogada por la Ley 17/2009, a cuya disposición derogatoria nos hemos referido" (STS de 17 de octubre de 2012 –RCA 271/2011-).

XVI.9. Requerimiento de información por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

- Sobre la competencia de la Comisión

“Se aduce por la parte demandante la falta de competencia por la CMT [Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones] para efectuar el requerimiento, habida cuenta de que GESTEVISIÓN no es una operadora de telecomunicaciones, sino de televisión a la que no le son aplicables las normas específicas sobre competencias establecidas en la Ley General de Telecomunicaciones 11/1998, sino las generales de la Ley de Defensa de la Competencia, cuya supervisión corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia, o en caso de límites a la publicidad y televenta, al Ministerio de Ciencia y Tecnología, o a la jurisdicción civil en los caso de competencia desleal. Como punto de partida para resolver esta cuestión no debe perderse de vista que la resolución que es objeto de recurso, no está imponiendo una sanción, en cuyo caso, podría hipotéticamente plantearse el tema de la competencia de la CMT para hacerlo, sino que se está, como antes se dijo, en una fase de investigación de conductas que podrían incidir en la esfera de actuación que dicho organismos tiene encomendado. Esta labor de investigación es amplia, máxime en un campo como el de las telecomunicaciones, que tiene implicaciones directas e indirectas con otros como el de la televisión, existiendo operadores que actúan en ambos, por lo que las interrelaciones entre ellos son frecuentes. No puede negarse, por tanto, a la CMT el que ejercite funciones de vigilancia, inspección y control, aunque tangencialmente impliquen entrar en otras

áreas distintas de las telecomunicaciones, ya que conforme al art.1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, sobre Liberalización de las Telecomunicaciones le corresponde "salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos". Este precepto es de aplicación aún después de la promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones 11/98, de 24 de abril, al remitirse a ella el artículo 69, y señalar la Disposición Transitoria Octava que la CMT "seguirá ejerciendo las funciones en materia de fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales que le atribuye la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las Telecomunicaciones, en los términos previstos en la misma, en tanto no entre en vigor la nueva legislación del sector audiovisual". Desde otra perspectiva, debe señalarse, que en el ejercicio de estas competencias la CMT tiene en sus manos los mecanismos que le atribuyen sus normas constitutivas, entre los que se encuentran el realizar los requerimientos a que se refieren los actos impugnados. A este respecto, la Disposición Adicional Séptima de la LGT deja plenamente vigente las funciones que a la CMT le atribuye el artículo 1 dos 2 f) de la Ley 12/97, para adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado. Estas medidas son compatibles con las que la Ley de Defensa de la Competencia atribuye al Servicio y al Tribunal de Defensa de la Competencia, como en la misma disposición se indica. Por último, no existe una atribución a varios órganos de una misma función, pues cada uno de ellos tiene perfectamente delimitado el campo de su actuación. La intervención inmediata sobre el mercado de las telecomunicaciones corresponde a la CMT para salvaguardar la libre competencia, teniendo en cuenta que lo que se trata de precaver es el daño que al mercado puedan producir determinados actos, sin perjuicio de que ponga en conocimiento de los órganos de la competencia la existencia de indicios de prácticas restrictivas prohibidas por la LDC. emitiendo, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen, siendo tales órganos los que en definitiva decidan sobre la existencia de prácticas concertadas, abuso de posición dominante o competencia desleal. La circunstancia de que las letras c) y f) del art. 1.Dos. 2 de la Ley 12/97 no hagan referencia expresa a los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, no quiere decir que las funciones que en dichos apartados se atribuyen a la CMT no los comprendan, pues el número 2 atribuye en forma específica las funciones en él enumeradas para el fin genérico que expresa en el anterior número 1, que además de a las telecomunicaciones se refiere también a los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos. Debe por ello desestimarse el recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de que el recurrente pueda solicitar lo pertinente en orden a la declaración de la confidencialidad de los documentos de que se trata, conforme a lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo Común (artículo 37.5)" (fundamento de derecho tercero).>> (...) La invocación de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), que, a juicio de la sociedad mercantil recurrente, permitiría delimitar y separar las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como autoridad nacional de reglamentación en el mercado de las telecomunicaciones y en el mercado audiovisual, se revela infundada, porque la exclusión aplicativa se circunscribe a la regulación de los contenidos difundidos a través de medios audiovisuales, como se infiere de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia expuesta en la sentencia de 31 de enero de 2008 (C-380/05), en que, con invocación del artículo 1.3 de la referida Directiva marco, en relación con lo dispuesto en el artículo 8, se considera la competencia de las autoridades nacionales de reglamentación para fomentar la competencia en el sector de las

comunicaciones electrónicas y, específicamente, en el sector audiovisual, velando para que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en estos mercados, en relación con la decisión que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado de Italia sobre la compatibilidad de una Ley sobre concesiones para la radiodifusión televisiva con el Derecho comunitario” (STS de 14 de diciembre de 2011 –RC 4618/2009-).

- Sobre la motivación de los requerimientos

“Cuando se trata de relaciones periódicas que se repiten año tras año y trimestre tras trimestre, como en este supuesto sucedía, más que aislar un acto singular (el requerimiento correspondiente al primer trimestre de 2005) lo procedente es acometer el análisis de su validez formal, por ausencia de motivación, en el marco del conjunto de las actuaciones repetidas. Desde esta perspectiva, la propia sentencia que ahora se impugna había corroborado, al mantener en términos generales la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para solicitar información del sector audiovisual, cómo el organismo regulador debía elaborar "un informe anual para el Gobierno sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, en el que se reflejará, por otra parte, sus observaciones y sugerencias sobre la evolución del mercado, el incumplimiento de las condiciones de la libre competencia y las medidas para corregir las deficiencias advertidas, todo ello para facilitar el desarrollo de las telecomunicaciones (artículo 48.11 de la Ley), lo que por sí solo justificaría la petición de información anual o trimestralmente en función de la más adecuada organización del trabajo del citado organismo". Las solicitudes de información anual o trimestral quedan ligadas en la primera parte de la sentencia recurrida -que es coherente con los precedentes de la Sala de instancia- a las funciones del regulador en su análisis del sector audiovisual. Con todo acierto el tribunal añadirá que, dado que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha de actuar en fomento de la competencia en los servicios audiovisuales, debe tener "un conocimiento detallado del mercado que le habilita para requerir la información necesaria". La premisa de la que parte la Sala de la Audiencia Nacional es acertada y en ella, repetimos, se admite que las solicitudes de información trimestrales quedan de suyo "justificadas" por la obligación que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene, ex lege, de elaborar un informe anual sobre la evolución de los mercados en los que ostenta competencias. Siendo ello así, aun cuando ciertamente la fórmula utilizada por el presente requerimiento sea parca o sucinta, pues se limita a fundar el requerimiento en la necesidad de obtener "una visión del mercado lo más exacta posible", no incumple la exigencia de motivación inherente a estas solicitudes periódicas. Es verdad que el regulador podía haber añadido de modo expreso, como en otros casos había hecho y la sentencia impugnada destaca, que el requerimiento obedecía a sus necesidades de información estadísticas, a la finalidad de elaborar su preceptivo informe al Gobierno o a la definir con precisión los mercados de referencia. Tales fórmulas, hasta ahora admitidas sin ambages por el tribunal de instancia como motivación bastante, no añaden en realidad mucho más a lo que constituye la razón de decidir del requerimiento objeto de este proceso: la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha de disponer de las informaciones necesarias para conocer en profundidad el mercado o sector audiovisual y no sólo de modo estático sino dinámico, dada la rapidez de los cambios que en él se producen. Tal información ha de serle facilitada por las entidades prestadoras de los servicios audiovisuales entre las que ocupaba en 2005 un papel destacado "Sogecable, S.A.". Esta Sala del Tribunal Supremo

ha confirmado de modo reiterado sentencias precedentes de la Audiencia Nacional en las que se corroboraba la validez de las motivaciones contenidas en los requerimientos de información enviados a "Sogecable, S.A." por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Por no citar sino algunas de las más recientes, nos remitimos al contenido de las de 26 de mayo de 2009 (recurso de casación 5583/2006), 5 de diciembre de 2009 (recurso de casación 2694/2007) y 16 de junio de 2010 (recurso de casación 3243/2007). Aun cuando, según ya hemos expuesto, las fórmulas insertas en aquellos requerimientos contuviesen alguna referencia más explícita a la confección del informe anual a cargo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o a razones similares, su motivación no difiere cualitativamente de la que ahora enjuicamos, por lo que no existe razón suficiente para modificar respecto de éste el criterio favorable aplicado a aquéllos. El requerimiento objeto de litigio no estaba, pues, inmotivado, antes bien expresaba de modo suficiente que los datos pedidos lo eran al objeto de tener la necesaria -y detallada- información del mercado audiovisual que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones preceptivamente estaba obligada a conocer, lo que determinará la casación de la sentencia. Otra cosa es que alguno de los datos solicitados fueran más o menos adecuados a esta finalidad o que no se hubiera respetado el canon de proporcionalidad. Pero ello traslada ya el juicio de validez desde la perspectiva formal (la motivación) a la sustantiva (la procedencia de alguno o alguno de los datos interesados)” (STS de 14 de diciembre de 2011 –RC 4610/2009-).

XVI.10. Retirada de número telefónico

“La retirada del número telefónico suministrado al prestador de servicios de tarificación adicional que haya incumplido el código de conducta al que debe ceñir su actuación es, según los términos del artículo 7 de la Orden PRE 361/2002, una medida de naturaleza contractual prevista en el "contrato-tipo" al que se refiere el artículo 9 de aquélla. El contrato-tipo entre las dos partes debe contemplar la facultad del operador del servicio tanto de suspender como de resolver la relación contractual si la otra parte (el prestador del servicio) incumple el código, siendo incluso obligatoria la resolución del contrato-tipo cuando dicho incumplimiento sea reiterado. La Administración, por su parte, puede dirigirse al operador (en este caso "Telefónica de España, S.A.U.") para que retire el número otorgado al prestador del servicio si, tras el oportuno procedimiento contradictorio y previa intervención de la Comisión para la Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, ha comprobado el incumplimiento del código de conducta. Pero tal actuación en el seno de un contrato entre partes no implica que la intervención administrativa convierta en medida sancionatoria lo que no es sino exigencia del cumplimiento del contrato en sus propios términos. Aquella intervención pública viene propiciada -como bien afirma el tribunal de instancia- por exigencias de interés general ligadas a la protección de los usuarios del servicio telefónico, ya que la prestación de los servicios de tarificación adicional permite cobrar de los abonados finales una retribución específica por el uso de determinados números de teléfono precedidos de ciertos códigos (entre otros, servicios de información, servicios profesionales, de ocio o de entretenimiento) cuyo coste para el usuario es normalmente superior al coste real de la comunicación suministrada por la red pública telefónica. La intervención de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de Información en esta materia resulta, en cuanto tal, independiente del ejercicio de las facultades propiamente sancionadoras que la propia Administración ostenta en virtud de la legislación de

defensa de consumidores y usuarios. Recordaremos que el código de conducta cuya vulneración se comprobó en este caso -y así lo afirma el tribunal de instancia- tiene carácter vinculante y se aplica a quienes de modo voluntario quieran dedicarse a la prestación de servicios de tarificación adicional, al igual que sucede con otras tantas relaciones análogas en las que se emplean fórmulas contractuales de adhesión. La aceptación y sumisión por ambas partes a las disposiciones contenidas en el código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional implica, en efecto, que quedan vinculadas por su contenido, con carácter obligatorio. El código de conducta, repetimos, forma parte del contrato-tipo firmado entre el operador del servicio de red de tarificación adicional y el prestador de servicios, contrato que prevé como consecuencia de su incumplimiento la retirada del número asignado” (STS de 16 de octubre de 2012 –RC 6422/2009-).

XVI.11. Retirada del producto Línea Hogar de Telefónica

“De la evolución normativa reseñada y del tenor del precepto aplicable al caso resulta que, efectivamente y como señala la Sala de instancia, se ha producido un cierto desapoderamiento legal de las atribuciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de defensa de la competencia. Ello no obstante, la Comisión mantiene el objetivo genérico de "fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales" (apartado 2) y la más concreta de adoptar medidas para asegurar las finalidades enumeradas en el apartado 3.e) que se ha reproducido. Pues bien, al encontrarnos en el presente supuesto dentro del ámbito de las telecomunicaciones, se trata de determinar si la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la que trae causa el asunto cabe o no, en todo o en parte, en las medidas que se prevén en el citado apartado 3.e) del artículo 48 de la Ley General de Telecomunicaciones. La Sentencia impugnada considera que el resuelve segundo puede catalogarse como una medida adoptada en aras a la salvaguarda de la pluralidad de ofertas de servicios de telecomunicaciones amparada en dicho precepto, mientras que el resuelve primero contiene declaraciones que implican "una delimitación, aun de forma inicial, de una conducta subsumible como una infracción relativa a la defensa de la libre competencia", delimitación que en modo alguno podría ser vinculante para la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia competente para apreciar las infracciones previstas en la Ley de Defensa de la Competencia. El Abogado del Estado, por su parte, considera que la Sentencia impugnada ha producido un desapoderamiento efectivo y radical de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que no se corresponde con las previsiones legales y resulta de nuestra citada Sentencia de 1 de febrero de 2.006. Entiende el representante de la Administración que la Sentencia de instancia confunde lo que son facultades y competencias para tipificar, calificar y sancionar una conducta por ser contraria a la Ley de Defensa de la Competencia, facultad que correspondería efectivamente a las autoridades de la competencia, con las propias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que desde luego le permiten identificar conductas inicialmente estimables como contrarias a la libre competencia e imponer a los operadores obligaciones positivas o negativas tendentes al fomento y salvaguarda de la competencia e igualdad de trato en los mercados que tutela. Entiende también el Abogado del Estado que para poder ejercer la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones las competencias que la propia Sala le reconoce, debe poder identificar y describir una conducta como comprendida en las contrarias a la competencia según la Ley de Defensa de la competencia. Y afirma que, en último

extremo, lo que hace la Sala es negar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la posibilidad de utilizar conceptos y términos propios de la defensa de la competencia, aun con carácter instrumental para el ejercicio de sus propias atribuciones, aunque dicha calificación no suponga condicionar la interpretación y aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. Tiene razón el Abogado del Estado y procede estimar el motivo. En efecto, debemos partir del hecho de que la propia Sala de instancia ha entendido que el resuelve segundo, al imponer a Telefónica la obligación de proporcionar a los demás operadores los mismos datos sobre abonados que posee y que ella misma emplea para la elaboración de guías de abonados, adopta una medida preventiva de salvaguarda de la competencia, en concreto de salvaguarda de la pluralidad de ofertas de servicios en ese campo. Considera sin embargo la Sala sentenciadora que cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones afirma en el resuelve primero que la conducta contraria, cuyo cese ordena, constituye un abuso de posición dominante, ha efectuado una delimitación, aun inicial, de lo que constituye esa conducta infractora definida en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1.989, lo que excede de sus competencias. La Sentencia impugnada aplica al caso de autos de manera en exceso mecánica la doctrina sentada por esta Sala en su referida Sentencia de 1 de febrero de 2.006; en efecto, en dicha resolución anulamos una instrucción dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones precisamente porque entendimos que se delimitaba un supuesto de abuso de posición dominante, concreción tipificadora que ni podía vincular al órgano específico de defensa de la competencia (el Tribunal de Defensa de la Competencia, hoy la Comisión Nacional de la Competencia), ni entraba dentro de sus competencias, limitadas a la adopción de medidas concretas y específicas de salvaguarda de la competencia, sin perjuicio de su posible comunicación al servicio de defensa de la competencia para la incoación del correspondiente expediente por una conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia. Ahora bien, en este caso y tal como sostiene el Abogado del Estado, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no ha delimitado, ni siquiera en forma inicial o primaria, ninguna conducta como un subtipo de conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia o de abuso de posición de dominio, sino que se ha limitado a subsumir la conducta de Telefónica en las propias y específicas previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia. Es cierto que esa subsunción se formula de manera terminológicamente inapropiada desde la perspectiva de las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pero fuera de esto -a lo que luego nos referimos- no hay nada en el resuelve primero anulado que pueda considerarse una definición genérica y abstracta de un tipo específico de abuso de posición dominante, a diferencia de lo que ocurría en la instrucción que anulamos en la Sentencia de 1 de febrero de 2.006. Pues bien, no cabe duda de que para poder adoptar una medida concreta y específica de salvaguarda de la competencia -como se hace en el resuelve segundo- es preciso efectuar una previa valoración de que la conducta mantenida hasta ese momento es potencial o indiciariamente contraria a la libre competencia o, lo que es lo mismo, que es potencial o indiciariamente constitutiva de conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. En este sentido, si bien la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tiene capacidad para declarar formalmente que una determinada conducta constituye una infracción de los citados preceptos (y en esa medida la formulación del resuelve primero es incorrecta), sí puede en cambio apreciar que esa conducta tiene presumiblemente efectos contrarios a la libre competencia o abusivos de una posición de dominio, y esta valoración se configura además como presupuesto imprescindible para poder fundamentar la adopción de medidas preventivas correctoras.

No se trata pues de un supuesto análogo al que se daba en nuestra Sentencia de 1 de febrero de 2.006, sino de un caso de valoración indiciaria de una conducta como adversa a la prohibición de abuso de posición de dominio y la consiguiente adopción de una medida correctora de las contempladas en el artículo 48.3.e) de la Ley General de Telecomunicaciones (32/2003, de 3 de noviembre). Hemos dicho que la formulación del resuelve primero de la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es incorrecta, lo que debe ser aclarado. En efecto, en los términos en que hemos delimitado la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el regulador está habilitado para apreciar que una conducta tiene o puede tener efectos adversos a la competencia, pero no le corresponde declarar formalmente una infracción de los tipos definidos por la Ley de Defensa de la Competencia, lo que sólo corresponde a los órganos de defensa de la competencia. Si la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones valora que la conducta que está enjuiciando incurre en dicha infracción deberá poner tales actos en conocimiento del servicio de defensa de la competencia, según prevé el apartado 3.e) 2º del artículo 48 de la Ley General de Telecomunicaciones. Todo ello sin perjuicio de adoptar, en su caso, medidas correctoras en los términos ya vistos, lo que supone necesariamente una valoración de tales conductas desde el punto de vista de la preservación de la competencia y requiere la debida justificación de los efectos potencialmente contrarios a la competencia que se seguirían en caso de la continuidad de las mismas. En definitiva, en el caso examinado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha ejercido sus propias y específicas funciones de valorar una conducta desde la perspectiva del mantenimiento de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y ha adoptado medidas correctoras de salvaguardia. Sin embargo, ha expresado su criterio sobre tales conductas en forma que sólo correspondería a la Comisión Nacional de la Competencia, al afirmar de manera taxativa que tal conducta era constitutiva de abuso de una posición de abuso en el mercado afectado. Ahora bien, teniendo en cuenta, por un lado, que no tipifica ni define conductas contrarias a los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia sino que se limita a subsumir conductas en las previsiones de tales preceptos; y, por otro lado, que la medida adoptada en el resuelve segundo sí entra dentro de sus funciones - como sostiene también la Sala de instancia- y que, según hemos dicho, resulta necesaria una valoración previa de la conducta como concurrente de efectos anticompetitivos para poder adoptar tal medida preventiva, debemos interpretar las afirmaciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el sentido de que el regulador aprecia efectos contrarios a la competencia en las conductas de Telefónica examinadas. Y si más allá de tal apreciación, la Comisión cree que la actuación de Telefónica es claramente una conducta prohibida por los artículos 1 ó 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, deberá proceder a efectuar la correspondiente comunicación al Servicio de Defensa de la Competencia en los términos previstos en el artículo 48.3.e) 2º de la Ley General de Telecomunicaciones a los efectos pertinentes de incoación de un expediente sancionador que pudiera finalizar, en su caso, con la correspondiente sanción respecto a las conductas ya realizadas. Las razones expuestas conducen a la estimación del recurso de casación del Abogado del Estado, ya que efectivamente la Sentencia impugnada se confunde al anular el resuelve primero, en el que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones subsume la conducta examinada en los tipos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia, como supuestamente delimitador de conductas prohibidas por dichos tipos, lo que podría llevar a considerar que el regulador no puede apreciar los efectos contrarios a la citada Ley de las conductas examinadas, como denuncia la parte recurrente. Procede, en cambio, desestimar el recurso contencioso administrativo de Telefónica, ya que la resolución impugnada de la

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede ser interpretada en términos acordes con las propias competencias de salvaguarda de la competencia que posee el regulador. La referida resolución sólo se excede en la expresión formal de la valoración de los efectos anticompetitivos que atribuye a las conductas examinadas, por lo que debe ser interpretada en la forma ya indicada, excluyendo el sentido declarativo de una infracción que corresponde a la función represiva propia de los órganos específicos de defensa de la competencia” (STS de 6 de octubre de 2010 –RC 1338/2008-).

XVI.12. Utilización de frecuencias radioeléctricas sin autorización

“Las dos infracciones imputadas lo fueron a título de las letras a) y b) del artículo 54 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. La Administración del Estado consideró que la de la Comunidad Autónoma (cuyo ente instrumental asumía la gestión del servicio televisivo) emitía sin título administrativo la programación televisiva en la modalidad analógica utilizando frecuencias no autorizadas, tras haber instalado a este efecto una estación radioeléctrica. Las consideraciones que hemos expuesto en la sentencia que resuelve el recurso de casación 4140/2008 tienen como efecto la declaración de nulidad de las resoluciones de la Administración estatal que rechazaron asignar a la Comunidad Autónoma frecuencias para su segundo canal analógico. Esta circunstancia no puede, obviamente, dejar de tener peso en el análisis de las infracciones sancionadas, cuyo desvalor en términos jurídicos queda sin duda afectado por la conducta, contraria a la Ley 22/1999, de la Administración estatal que le había denegado las frecuencias a las que en principio la Comunidad Autónoma de Madrid tenía derecho. Ahora bien, que la solicitud instada por la Comunidad Autónoma debiera haberse resuelto en sentido favorable no equivale a que ésta pudiera, sin más -como en efecto sucedió- utilizar las frecuencias del espectro radioeléctrico que ella misma prefiriera unilateralmente, cuando es claro que la competencia para asignarlas correspondía a la Administración del Estado, lo que no es objeto de discusión. La decisión de esta última fue ciertamente contraria a Derecho pero también lo fue, desde el punto de vista formal, la de la Comunidad Autónoma que, no siendo competente al efecto, se autoatribuyó las frecuencias que consideró oportunas y procedió a emitir los programas de televisión de su segundo canal en la modalidad analógica. Al hacerlo así ciertamente incurrió en la infracción por la que fue sancionada, esto es, la de emitir en frecuencias no autorizadas, por más que hubiera procedido en su momento que dispusiera de ellas. Formalmente, repetimos, no se concedió la autorización y sea cual sea la validez *a posteriori* de dicha negativa de la Administración del Estado, lo cierto es que, dictada como fue por el órgano competente, debía haber sido respetada por la Comunidad Autónoma, tanto más cuanto que esta última había interpuesto los pertinentes recursos contra ella. Dado el carácter medial de una conducta (la instalación de los medios materiales) que es presupuesto necesario para realizar la otra (la emisión del canal sin frecuencias autorizadas) en realidad la segunda infracción que se imputó no tiene autonomía o sustantividad pues no es pensable que se puedan llevar a cabo las emisiones televisivas sin los correspondientes aparatos o equipos emisores. Cuando éstos se instalan precisamente para difundir los programas televisivos por la misma entidad emisora, lo que procede -si concurren los demás elementos del tipo- es imponer una sola sanción por la infracción de mayor entidad antijurídica. Sentado lo anterior, la sanción correspondiente debe, sin embargo, reducirse de modo muy considerable. No cabe olvidar que el fondo del litigio era en realidad un conflicto entre Administraciones Públicas. Sin perjuicio de que, en términos generales, no sea precisamente la respuesta

sancionadora de una Administración contra otra la solución más idónea para resolver este género de controversias, lo cierto es que en el caso de autos la ilegalidad cometida por la sociedad gestora de la televisión autonómica al emitir sin la autorización de frecuencias tiene su origen en una decisión (de la Administración del Estado) de rechazo a la solicitud de asignación de dichas frecuencias, que hemos considerado asimismo ilegal” (STS de 11 de julio de 2011 –RC 2101/2009-).

- XVII. Transportes
 - XVII.1. Aeropuertos
 - XVII.1.1. Competencia del Estado
 - XVII.1.2. Competencia para ordenar la suspensión de las obras
 - XVII.2. Transportes por carretera
 - XVII.2.1. Autorizaciones
 - XVII.2.1.1. Servicios regulares de transporte temporales y de uso especial
 - XVII.2.1.2. Transporte regular de viajeros de uso especial
 - XVII.2.1.3. Autorización para el arrendamiento de vehículos con conductor
 - XVII.2.1.4. Procedimiento autorizatorio
 - XVII.2.1.5 Modificación de concesiones
 - Disposición transitoria segunda de la Ley 16/1987, de Transportes
 - Diferencia entre el procedimiento de sustitución de la disposición transitoria segunda de la Ley 16/1987, de la adjudicación de nuevas concesiones
 - La concesión de nuevas paradas es admisible en el proceso de sustitución
 - Procedimiento: no es necesario un segundo trámite de información pública si las modificaciones no son sustanciales
 - XVII.2.2. Sanciones. Competencia de las Comunidades Autónomas

XVII. Transportes

XVII.1. Aeropuertos

XVII.1.1. Competencia del Estado. STS de 4 de junio de 2012 (RC 1428/2009).

Hemos de recordar, ante todo, que se trataba de un aeropuerto de interés general y que la competencia exclusiva del Estado en relación con estos aeropuertos deriva directamente del artículo 149.1.20ª de la Constitución. Los intereses de todo tipo que subyacen en los aeropuertos de interés general del Estado (afección al tráfico internacional, ordenación del espacio aéreo y su control, necesidades de la defensa nacional) justifican sobradamente aquella competencia exclusiva, obviamente indiscutible dado su rango. Se trata de infraestructuras capitales, que revisten relevancia suprarregional, cuyo diseño, ejecución y puesta en marcha afectan directamente a intereses del Estado en su conjunto, no de una sola Comunidad Autónoma.

Aunque en el supuesto de autos los terrenos fueran de titularidad no estatal y tuvieran una determinada calificación urbanística (estaban "reservados por el plan especial aprobado el 27 de julio de 2001" según expone el primer apartado de la Orden FOM), lo relevante es que el título competencial exclusivo del Estado respecto de los aeropuertos de interés general se sobrepone a cualesquiera otros del resto de Administraciones, entre ellos el urbanístico, cuando se trata precisamente de proyectar y construir las complejas infraestructuras aeroportuarias que revistan aquel carácter. Precisamente por esta razón el Real Decreto 2591/1998, de 4 de, de ordenación de los aeropuertos de interés general y su zona de servicio (en desarrollo del artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales , Administrativas y del Orden Social), obliga a que cuenten con un "instrumento de planificación, de naturaleza estrictamente aeroportuaria y no urbanística, denominado Plan Director" a cuyas determinaciones han de sujetarse las Administraciones competentes en materia de urbanismo y ordenación del territorio. No es necesario transcribir, a estos efectos, el contenido de la sentencia constitucional 204/2002 que refrenda la constitucionalidad del artículo 166 citado. Baste con recordar cómo su doctrina fue más tarde corroborada en la sentencia constitucional 46/2007 a tenor de la cual, en síntesis, "[...] son las decisiones estatales relativas a los aeropuertos de interés general las que deban ser incorporadas a los instrumentos de ordenación territorial y no estos instrumentos los que condicionen estas decisiones estatales de modo tal que impidan su ejercicio".

XVII.1.2. Competencia para ordenar la suspensión de las obras. Falta de autorización por el Estado de la construcción del aeropuerto. STS de 4 de junio de 2012 (RC 1428/2009).

En el segundo motivo de casación se aborda una de las dos cuestiones clave del litigio (junto con la relativa a la competencia para ordenar la suspensión de las obras). "Aerocas" afirma que la sentencia infringe "el artículo 43 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, en relación con el artículo 1.2 del Real Decreto 1778/1994 "porque, en resumen, no acoge su tesis de que la Orden FOM/509/2002 "agota" la intervención de la Administración General del Estado para la autorización de las obras. A su juicio, aquella Orden autorizó la construcción del aeropuerto y "no existe otro fundamento legal para sostener que, además de ella, resulte y sea necesaria otra autorización posterior que habilite para la ejecución material de las obras".

El motivo no podrá ser estimado ya que ninguno de los dos preceptos, legal y reglamentario, que en él se aducen ha sido vulnerado en este caso.

A) En lo que concierne al primero, tras su reforma por la Ley 53/2002, el artículo 43 de la Ley 48/1960 permitía a las Administraciones públicas territoriales y a las personas y entidades particulares nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea "obtener una autorización previa, de acuerdo con las condiciones que determine el Ministerio de Fomento, para construir o participar en la construcción de aeropuertos de interés general", calificación otorgada al de Castellón.

La invocación del artículo 43 de la Ley de Navegación Aérea no basta para el éxito de este primer motivo casacional pues aquel precepto no prejuzga el contenido de las autorizaciones que, a su amparo, se otorguen. Si la Orden FOM/509/2002 autorizó la construcción del aeropuerto bajo la condición de que el proyecto constructivo incorporara ciertas medidas medioambientales y fuera, a su vez, ulteriormente aprobado

por el Ministerio de Fomento, es claro que las cuestiones jurídicas se desplazan no ya a la aplicación del artículo 43 de la Ley 48/1960 -que tanto admite una autorización pura y simple como otra condicionada- sino a la interpretación y, en su caso, aplicación de la propia Orden FOM/509/2002.

[...] La Orden FOM/509/2002, en efecto, necesariamente implicaba el ulterior control a cargo del Ministerio de Fomento del contenido del proyecto en su totalidad y no sólo de las medidas medioambientales a él después incorporadas. Control ulterior de contenidos que, a su vez, implicaba una tarea de comprobación del proyecto y de su ajuste a la normativa técnica reguladora de este género de infraestructuras, de obvia complejidad. Así lo admitía el propio perito al afirmar que "[...] aunque no lo diga expresamente la Orden FOM/509/2002, de 22 de febrero, las normas y métodos recomendados en el anexo 14 Aeródromos de OACI, son aplicables a cualquier proyecto constructivo aeroportuario", por lo que necesariamente éste debía ser examinado a su luz.

[E]l Ministerio de Fomento que debía aprobar el proyecto constructivo del aeropuerto de Castellón también podía suspender las obras que en teoría ejecutaban aquel proyecto, si es que habían comenzado sin la preceptiva aprobación de éste.

XVII.2. Transportes por carretera

XVII.2.1. Autorizaciones

XVII.2.1.1. Autorización de servicios regulares de transporte temporales y de uso especial: requisitos: inexistencia de tráficos coincidentes con líneas de servicio regular. STS de 15 de diciembre de 2010 (RC 1307/2008)

En efecto, consideramos que la censura casacional que se formula a la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, carece de fundamento, atendiendo a los criterios jurisprudenciales expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 12 de junio de 2006, que explicitan las características de la modalidad de transporte público regular de uso especial, en cuanto que hay que partir como presupuesto determinante del otorgamiento de la autorización para el establecimiento de un servicio de transporte de uso especial, a tenor de lo dispuesto en el artículo 89.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, de la inexistencia de tráficos coincidentes con líneas de servicio regular, previamente concedidas o autorizadas, que puedan atender adecuadamente las necesidades de movilidad -en este supuesto, de los trabajadores de Caixanova-, que condiciona el reconocimiento del derecho de preferencia, conforme a las reglas específicas establecidas en el artículo 9 del Decreto del Gobierno de la Xunta de Galicia 160/1988, de 9 de junio, por el que se regula la prestación de los servicios de escolares y de obreros de competencia exclusiva de la Xunta de Galicia.

XVII.2.1.2. Autorización de transporte regular de viajeros de uso especial: requisito relativo a la disposición por la empresa de un centro concreto de actividad. STS de 21 de enero de 2011 (RC 3382/2008)

[E]l precepto [artículo 105 del Real Decreto 1211/90, de 28 de Septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres] no exige

literalmente que las personas transportadas tengan un "centro de trabajo común", (puesto que sólo habla de "actividad común"), no es menos cierto que así puede deducirse del espíritu de la norma, entresacado de los ejemplos que cita (a saber, colegio, fábrica, cuartel u otro similar), es decir, lugares donde las personas transportadas ejercen una actividad, cosa distinta a acudir a un aeropuerto, esperar la orden de embarque, embarcar y ser transportados. (La diferencia se observa claramente si el transporte especial hubiera sido para trabajadores del aeropuerto). En definitiva, el aeropuerto no es para los viajeros "un centro único concreto de actividad común", que es lo que exige el precepto, sino un lugar neutro de acceso al medio de transporte aéreo.

[P]ara los viajeros del transporte aéreo el aeropuerto no es "un centro de actividad" (no lo es facturar o embarcar), porque en el aeropuerto la actividad la realizan otras personas, no los viajeros, que se limitan a ser transportados. Por ello el artículo 105.1 establece que no resulta suficiente el ejercicio de una actividad común (como la de facturar o embarcar)

[...] A las razones que dimos en aquella sentencia [STS de 12 de junio de 2006 (casación nº 2845/2001)] nos remitimos, especialmente a la que exige la existencia de una cierta estabilidad y permanencia en el grupo y a la que descarta (como aquí) los supuestos de usuarios esporádicos y circunstanciales, sin previa determinación de las concretas personas que, en cuanto integrantes de un grupo establecido, vayan a utilizar el servicio; requisitos que no se daban en aquél caso ni se dan en el que nos ocupa.

XVII.2.1.3. Ilegalidad de la exigencia de autorización para el arrendamiento de vehículos con conductor: transporte discrecional de viajeros. Impugnación del Real Decreto 919/2010, de 16 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la LOTT para adaptarlo a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. STS de 14 de febrero de 2012 (RC 427/2010).

Subsidiariamente, las asociaciones actoras aducen que el artículo 181.1 contempla determinados requisitos que resultan restrictivos de la competencia y que chocan con la actual concepción de la Ley de Ordenación del Transporte Terrestre de que el acceso y ejercicio de las actividades de arrendamiento de vehículos es libre, según se proclama en la exposición de motivos. Las recurrentes objetan la exigencia de disponer de al menos un local dedicado en exclusiva a la actividad de arrendamiento de vehículos (artículo 181.1.a), la preceptiva disposición de un número mínimo de vehículos y que los vehículos deban tener carácter representativo (artículo 181.1.b), la disposición de dos conductores por cada tres vehículos (artículo 181.1.f) y la cláusula residual referida a cualquiera otras exigencias que determine el Ministerio de Fomento o, por delegación del Estado, las Comunidades Autónomas con competencias sobre la materia (artículo 181.1.g).

Hemos de dar la razón a las entidades actoras en este punto en relación con los requisitos contemplados en las letras a), b) y f) del apartado 1 del artículo 188, que no encuentra apoyo alguno en la regulación de la Ley relativa al transporte discrecional de viajeros, regulación a la que se remite el artículo 134 de la misma.

En primer lugar, hemos de partir de la declaración general a la que ya nos hemos referido del preámbulo de la Ley, en el que se afirma que el acceso y ejercicio de la

actividad de arrendamiento de vehículos es libre. Es verdad, sin duda, que luego la propia Ley desmiente en su regulación esta plena libertad, puesto que somete al arrendamiento con conductor a la regulación existente para el transporte discrecional de viajeros, lo que supone la necesidad de autorización. Ello no obstante, no deja de ser un pronunciamiento que debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar los concretos preceptos de la Ley. En particular, incluso para el arrendamiento de vehículos con conductor, hay que entender que sólo caben los requisitos que deriven de la regulación de la propia Ley sobre el transporte discrecional de viajeros a que se remite en artículo 134.2 de la Ley.

XVII.2.1.4. Procedimiento autorizatorio: autorización provisional del solapamiento entre dos concesiones: necesidad de tramitar el procedimiento ante la afectación de intereses de terceros. STS de 7 de febrero de 2012 (RC 959/2009).

La Sentencia justifica de forma suficiente la nulidad de la resolución administrativa impugnada debido a la ausencia de procedimiento y considera que esta falta de procedimiento no queda justificada por el carácter provisional y la alegada urgencia de la solicitud. Entiende, por el contrario, la Sala de instancia que la relevancia de que se tratase de un solapamiento y no una simple variación de un itinerario y la afectación de intereses de terceros (en concreto, de la recurrente en la instancia) requerían que se hubiera seguido una tramitación completa. Frente a tal argumentación las partes recurrentes se limitan a afirmar que la resolución anulada justificaba las razones de urgencia y que sí se siguió el debido procedimiento.

XVII.2.1.5. Modificación de concesiones:

- Al amparo de la **disposición transitoria segunda de la Ley 16/1987, de Transportes**: Doctrina general. STS de 18 de marzo de 2009 (RC 4426/2006), que cita la doctrina de la STS de 15 de noviembre de 2006 (RC 1399/2004).

"A) La DT 2ª reconoce a los titulares de las concesiones anteriores la posibilidad de optar por la sustitución del derecho de obtener la modificación de su concesión para mejorar las condiciones de explotación, racionalizarla y adecuarla a las necesidades de los usuarios, sin necesidad de acudir al procedimiento ordinario previsto en la LOTT y en su Reglamento para la adjudicación o modificación de concesiones futuras.

B) El interés público que permite la modificación está representado en gran medida por el mejor servicio de los usuarios, vinculado a la consideración de la prestación del servicio de transporte de viajeros como servicio público, que asegura el ejercicio de la libertad de circulación que garantiza el art. 19 de la Constitución y que pretende garantizar el derecho de los usuarios a la movilidad personal, que justifica la imposición al titular de una autorización o concesión de un conjunto equilibrado y armonizado de derechos y obligaciones orientados a tal fin público, fin que es el que ha de servir de canon de interpretación de la DT 2ª.

C) No es posible confundir la adjudicación de nuevas concesiones, cuyo régimen contiene la Ley en los artículos 72 y siguientes LOTT, con la previsión contenida en la DT 2ª, que se refiere a las anteriores concesiones otorgadas antes de su entrada en vigor,

y que están sometidas a un régimen distinto y singular no regido, en términos generales, por los principios de aquellas.

D) Cuando la DT 2ª se refiere al respeto al equilibrio económico de la concesión lo refiere al de los concesionarios afectados por la modificación, que será quienes deben justificar si sus líneas se ven alteradas económicamente por la modificación o sustitución.

E) No pueden alterarse en casación las valoraciones fácticas realizadas en la sentencia de instancia, salvo en los supuestos de error manifiesto o arbitrariedad, respecto del trazado de las concesiones, y la ruptura o no del equilibrio económico financiero de las concesiones afectadas, así como de su mayor o menor afectación."

- Diferencia entre el procedimiento de sustitución de la disposición transitoria segunda de la Ley 16/1987 de la adjudicación de nuevas concesiones. STS de 25 de octubre de 2010 (RC 2648/2008).

Como hemos declarado en la sentencia de 29 de junio de 2010 que antes hemos citado, en los procedimientos de sustitución ha de tenerse en cuenta la racionalización de las concesiones y su adecuación a las necesidades de los usuarios -letras a) y b)- y que no es posible confundir el procedimiento de sustitución contemplado por la Disposición Adicional Segunda [de la Ley 16/1987] con la adjudicación de nuevas concesiones, regulada en los artículos 72 y siguientes de la ley -letra c)-. Todo ello, claro está, partiendo de que cualquier modificación que se introduzca en los tráficos afectados en el procedimiento de sustitución de una concesión efectuada al amparo de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley debe respetar el equilibrio financiero de dicha concesión, así como respetar igualmente los tráficos otorgados a otros concesionarios.

Pues bien, atendiendo al tenor literal de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y la jurisprudencia que anteriormente hemos transcrito permite concluir que la transformación de una anterior parada discrecional en fija en el curso del procedimiento de sustitución de antiguas concesiones por otras, no resulta contraria a la Ley.

- La concesión de nuevas paradas es admisible en el proceso de sustitución. STS de 29 de junio de 2010 (RC 4741/2007).

Pues bien, a la luz de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y de la referida jurisprudencia de esta Sala, el motivo que examinamos debe prosperar, pues es claro que la Sentencia de instancia ha interpretado de forma errónea la referida disposición. En efecto, en contra de dicha jurisprudencia, la Sala de instancia identifica la previsión de nuevas paradas no contempladas en la concesión originaria que es objeto de sustitución con el otorgamiento subrepticio de una nueva concesión. Sin embargo, dicha interpretación de la disposición transitoria segunda de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que constituye la ratio decidendi de la estimación parcial del recurso contencioso administrativo a quo, es contraria a la efectuada por esta Sala y no puede prevalecer, sino que debemos declarar que, en principio, nada impide que en dicho proceso de sustitución se contemple nuevas paradas siempre que no se altere el equilibrio concesional ni se solapen o perjudiquen otros tráficos pertenecientes a otras

concesiones. Una vez estimado el primer motivo, resulta ya innecesario examinar el segundo motivo del recurso de casación.

- Procedimiento: No es necesario un segundo trámite de información pública si las modificaciones no son sustanciales. STS de 18 de marzo de 2009 (RC 4426/2006).

[S]ólo cabría plantearse la hipotética necesidad de una segunda información pública si las modificaciones introducidas tras la solicitud inicial y aceptadas por la Administración competente fueran de tal importancia que supusieran en realidad una modificación sustancial de aquélla, además de ser aptas de suyo para producir efectos negativos sobre las otras concesiones. Pero como quiera que esta última conclusión ha sido expresamente rechazada por el tribunal de instancia, ante la falta de prueba de los hechos que alegaban los demandantes, es improcedente la retroacción de actuaciones.

XVII.2.2. Sanciones. Competencia de las Comunidades Autónomas: rige el criterio de territorialidad (forum delicti commissi). STS de 17 de abril de 2012 (RC 2626/2011).

Admitir la competencia sancionadora de una Comunidad Autónoma por la mera circunstancia de que en ella se hubiera producido una "denuncia" sobre hechos respecto de los cuales no se hubiera incoado un expediente sancionador en otra Comunidad Autónoma significaría tanto como desconocer que las facultades sancionadoras delegadas en las Comunidades Autónomas por virtud del artículo 10.1 de la Ley Orgánica 5/1987 sólo pueden recaer sobre las infracciones que, en la prestación de los servicios de transporte por carretera, "se produzcan" dentro de su ámbito territorial. Es, pues, la comisión de la infracción en un territorio determinado, y no el lugar donde se haya denunciado aquélla, el factor o criterio clave que define la competencia sancionadora.