

# **Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía**

## **Tribunal Supremo<sup>1</sup>**

### **I. ACTO ADMINISTRATIVO**

#### **ACTO Y DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA**

La totalidad de las determinaciones contenidas en la Resolución recurrida, estaban ya fijadas por las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes, por lo que su naturaleza jurídica es de acto administrativo de carácter general.

“No puede, efectivamente, haber innovación alguna del ordenamiento jurídico sí, como es el caso, el contenido de la prestación farmacéutica ambulatoria estaba ya fijado, si también lo estaba la sujeción de los medicamentos necesitados de orden de dispensación a la aportación del usuario y si, finalmente, también estaba predeterminado el concepto de grupos y subgrupos terapéuticos de aportación reducida y el concreto porcentaje o cuantía de la aportación en estos últimos casos.

Acierta la sentencia recurrida cuando recuerda la consolidada doctrina jurisprudencial según la cual “ la naturaleza de disposición de carácter general o acto administrativos no viene determinada simplemente por una diferencia cuantitativa, destinatarios generales o indeterminados para el Reglamento y determinados para el acto administrativo, sino que la diferencia sustancial entre disposición de carácter general y acto administrativo es una diferencia de grado, o dicho de otro modo, la diferencia está en que el Reglamento innova el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, en tanto que el acto se limita a aplicar el derecho subjetivo existente, máxime cuando se admite pacíficamente la figura de los actos administrativo generales que tienen por destinatario una pluralidad indeterminada de sujetos”.

Cabría añadir a esa jurisprudencia que también hemos afirmado -como en la sentencia de 4 de julio de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 1984/2010 , con cita de otros pronunciamientos- que resulta esencial evaluar

---

<sup>1</sup> Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.

el concreto contenido del acto para ver si el mismo desborda el propio de los actos generales y se adentra en lo que corresponde a las regulaciones abstractas y permanentes, de manera que puede resultar esencial comprobar si por su eventual contenido añadido o innovador está justificado que se le asigne naturaleza reglamentaria.

Pues bien, ha de reputarse acertado el razonamiento de los jueces de instancia cuando trasladan esa doctrina jurisprudencial al caso concreto planteado y concluyen que nos hallamos ante un acto administrativo de carácter general, referido a los específicos medicamentos que recoge, y que aplica el derecho vigente sin innovar el ordenamiento ni desarrollar aspectos recogidos en la legislación aplicable necesitados de complemento.

Conviene nuevamente insistir en lo que ya afirmamos y que también señalaron los jueces de instancia: la totalidad de los elementos que tiene en cuenta la repetida resolución (prestación farmacéutica ambulatoria, aportaciones de los usuarios, grupos de aportación reducida, porcentajes o cuantías de aportación) están ya concretados en la ley 29/2006 y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollan.”

(STS de 18 de julio de 2016. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Cudero Blas).

(ROJ: STS 3783/2016. Nº Recurso: 30/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

## IV. BIENES PÚBLICOS

### REGLAMENTO GENERAL DE COSTAS

Se declara la nulidad de la Disposición Transitoria vigésimo sexta del Real Decreto 876/2014, Reglamento General de Costas, por estar desprovista de justificación objetiva y vulnerar los principios de igualdad, proporcionalidad y jerarquía normativa.

“Profundizando ahora consiguientemente sobre la cuestión de fondo desde dicha perspectiva, la demanda invoca la infracción del artículo 75.1 de la Ley de Costas, que indica expresamente: “La Administración podrá convocar concursos para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre. En dichos procedimientos se respetarán los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva”. Y del artículo 81.1 que asimismo establece: “El plazo de vencimiento será improrrogable, salvo que en el título de otorgamiento se haya previsto expresamente lo contrario”. Por otra parte, el apartado segundo de este mismo precepto obliga a la recuperación inmediata de las conce-

siones extinguidas:” 2. A la extinción de la autorización o concesión, la Administración del Estado, sin más trámite, tomará posesión de las instalaciones pudiendo obtener de las Empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y telefonía la suspensión del suministro”. De este modo, al contradecir estas prescripciones legales, la disposición transitoria vigésimo sexta impugnada vulnera el principio de la jerarquía normativa.

Intenta el Abogado del Estado salir al paso de esta argumentación aduciendo que no se vulnera el artículo 75.1 teniendo en cuenta, de una parte, el carácter potestativo con el que ese precepto configura ese medio de otorgamiento de concesiones y, de otra, que, como hemos visto, la propia disposición transitoria recurrida establece que” El procedimiento para tramitar esta solicitud será el previsto con carácter general en este reglamento para el otorgamiento de concesiones”. Tampoco se vulnera el artículo 81.1 porque, como ya ha quedado dicho, la disposición transitoria recurrida no prorroga ninguna concesión sino que concede una nueva. Y, en fin, en relación con el artículo 81.2, el eventual incumplimiento de la toma de posesión de las instalaciones por la Administración del Estado en nada afecta a la legalidad de la norma recurrida, es decir, no puede mezclarse la ejecución o no de los actos administrativos con la legalidad reglamentaria.

Lo cierto es que, como también aduce el Abogado del Estado, la norma cuestionada trata de dar respuesta a una situación de hecho (“la fuerza normativa de lo fáctico”), que es la existencia a la entrada en vigor de la Ley 2/2013 de ocupantes de terrenos de dominio público marítimo-terrestre que mantenían su actividad o instalación abierta.

Y por terminar ya de centrar definitivamente la presente controversia, más allá de las exigencias literales que pudieran resultar de los preceptos antes mencionados, justamente esta última que acaba de exponerse es, en efecto, la cuestión a elucidar en el fondo del asunto que nos concierne, a saber, si está justificada una cláusula como la disposición transitoria vigésimosesta que por beneficiar a los actuales ocupantes de terrenos de dominio público marítimo-terrestre que mantenían su actividad o instalación abierta, atribuye a éstos una posición de ventaja y si, en definitiva, resulta proporcionada y adecuada a los fines perseguidos la atribución por la indicada norma de dicha posición de ventaja.

La queja que en efecto subyace al fondo de este asunto, según se desprende de la totalidad del escrito de demanda, reside en la manifiesta falta de proporcionalidad de que adolece la disposición transitoria impugnada en este caso. Incluso, el propio recurso llega a admitir que en determinadas circunstancias

la preferencia reconocida por la disposición impugnada podría no contrariar el principio de igualdad (por ejemplo, en caso de similitud de ofertas). Pero, en los términos en que aparece legalmente consagrada, según termina de aducirse, como la preferencia es absoluta y sin matices, la cláusula resulta desproporcionada.

Y no podemos, en efecto, sino convenir en esta apreciación. El Abogado del Estado afirma que la disposición transitoria no obliga a la adjudicación de una nueva concesión al ocupante cuyo título se haya extinguido o estuviera en tramitación y tampoco establece un criterio de automaticidad en punto a su otorgamiento.

Pero la cuestión no es ésta, sino más bien la contraria, esto es, si a su abrigo podría alcanzarse sin más un indeseado resultado que nada ni nadie podría impedir, esto es, si dados los genéricos e indeterminados términos en que se configura el derecho de preferencia en el otorgamiento de concesiones a los actuales ocupantes de terrenos pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre, se confiere a éstos una posición de ventaja incompatible con el principio de igualdad de trato, en la medida en que, si no determina el otorgamiento automático de la concesión a aquéllos, tampoco lo impide e incluso da lugar al expresado resultado en términos prácticamente inexorables.

Y dicho sea asimismo incidentalmente, tampoco hay cuestión en torno a la aplicación del procedimiento previsto con carácter general para el otorgamiento de concesiones, como el Abogado del Estado refiere, porque si así fuera y la concesión fuera objeto de adjudicación directa, en todo caso, la censura que merecería la disposición transitoria impugnada, resultaría instantánea.

De cualquier modo, y al margen de las consideraciones precedentes, entendemos que, al no establecer factor o criterio alguno que venga a acotar los términos en que la preferencia pudiera hacerse valer y consentir por tanto a partir de tal grado de indeterminación que pueda venir a prevalecer aquella de modo absoluto e irresistible, convirtiendo a quienes no ostentan otra posición que la de meros precaristas en auténticos concesionarios, la disposición transitoria vigésimosesta impugnada aparece desprovista de la justificación objetiva y razonable que le es exigible y desatiende, en suma, las exigencias dimanantes de los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad.

Procede, por tanto, acoger la pretensión anulatoria sustentada en el presente recurso contencioso-administrativo.

Máxime, además, cuando como resultado de las nuevas disposiciones legales (Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y usos sostenible del litoral y de

modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio de Costas), se han ampliado a setenta y cinco años los plazos máximos de duración de las concesiones ( artículo 66.2 de la Ley de Costas , en su nueva redacción dada por el artículo 1.21 de la antedicha Ley 2/2013 ), así como los del otorgamiento de las prórrogas correspondientes ( artículo 2.3 de la Ley 2/2013 ) (las resoluciones constitucionales recaídas sobre esta nueva normativa legal: Sentencias 233/2015, de 5 de noviembre; 6/2016, de 21 de enero, 28/2016, de 18 de febrero; y 57/2016, de 17 de marzo, no proyectan el alcance de su doctrina sobre la controversia que estamos enjuiciando en este caso).

Y tampoco cabe prescindir en último término de una argumentación ulterior que vendrá irremediamente ya vendrá a confirmar esta conclusión.

El reconocimiento del derecho de preferencia contemplado por la disposición transitoria vigésimosexta, en efecto, no goza del necesario respaldo en el texto legal de referencia. De tal manera, al carecer de cobertura normativa suficiente en la Ley de Costas, dicha disposición transitoria trasciende de lo legalmente previsto e incurre en un vicio de “ ultra vires “, Se excede respecto del cometido propio que tiene asignado todo reglamento, en tanto que no limita su función a servir del complemento normativo indispensable para que las previsiones legales que desarrolla puedan llevarse a efecto y resultar operativas.

De ahí que, en los términos asimismo aducidos por la demanda, esta disposición vulnera también el principio de la jerarquía normativa”.

(STS de 5 de julio de 2016. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 6º y 7º. Magistrado Ponente Sr. Suay Rincón).

(ROJ: STS 3275/2016. Nº Recurso: 954/2014. <http://www.poderjudicial.es>)

## V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### SUBVENCIONES FINANCIADAS CON FONDOS ESTATALES

El criterio para determinar si una norma reglamentaria puede reservar la gestión de subvenciones financiadas con fondos estatales a la Administración del Estado, es el de la naturaleza de la actividad susceptible de ser subvencionada y, en concreto, los títulos competenciales que sobre la misma ostente el Estado.

“Para enfocar adecuadamente este asunto, es preciso señalar que esta Sala ya se ha ocupado en dos ocasiones de normas reglamentarias dictadas en desarrollo del Real Decreto-ley 7/2013 y reguladoras de subvenciones estata-

les: se trata de nuestras sentencias de 21 de mayo de 2015 (rec. n° 499/2013 ) y de 15 de marzo de 2016 (rec. n° 507/2013 ), relativas respectivamente al Real Decreto 535/2014, de 12 de julio, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a entidades del Tercer Sector en el ámbito estatal colaboradoras de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, y al Real Decreto 536/2013, de 12 de julio, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a la realización de programas de interés general con cargo a la asignación tributaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en el ámbito de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. En ambos casos, la impugnación provenía también de la Generalitat de Catalunya.

Pues bien, la primera de dichas sentencias estimó el recurso contencioso-administrativo dirigido contra el Real Decreto 535/2013, mientras que la segunda desestimó el dirigido contra el Real Decreto 536/2013. La diferencia de resultado deriva de los distintos objetos susceptibles de ser subvencionados en uno y otro caso. El Real Decreto 535/2013 regulaba subvenciones estatales para sufragar los gastos de funcionamiento de entidades del Tercer Sector; algo que la Sala consideró incluido dentro de la asistencia social, que el art. 148.1.20 de la Constitución caracteriza como competencia típicamente autonómica. La razón es que el Tercer Sector cumple un cometido filantrópico y desinteresado de auxilio en diversas situaciones de necesidad, especialmente en aquellos sectores a los que no alcanza el sistema público de bienestar. Debe concluirse, así, que los gastos de funcionamiento de esas entidades (personal, sede, etc.) son un elemento necesario para el ejercicio de la asistencia social. El Real Decreto 536/2013, por el contrario, regulaba subvenciones estatales a actividades sustantivas; no meros gastos internos de entidades sin ánimo de lucro. Y dado que las actividades susceptibles de ser subvencionadas (atención a personas con necesidades educativas o de inserción laboral, fomento de la seguridad ciudadana y prevención de la delincuencia) corresponden a materias sobre las que el Estado ostenta diversos títulos competenciales, esta Sala entendió que la gestión de dichas subvenciones no tiene que ser autonómica de conformidad con la arriba mencionada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En resumen, el criterio seguido para determinar si una norma reglamentaria puede reservar la gestión de subvenciones financiadas con fondos estatales a la Administración del Estado es el de la naturaleza de la actividad susceptible de ser subvencionada y, en concreto, los títulos competenciales que sobre la misma ostenta el Estado”.

(STS de 21 de julio de 2016. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Díez-Picazo Giménez).

(ROJ: STS 3759/2016. Nº Recurso: 215/2014. <http://www.poderjudicial.es>)

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El ámbito subjetivo de aplicación del Derecho de la Competencia viene determinado no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de actuación o la forma que esta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia.

“El presente recurso de casación nº 2946/2013 lo interpone la Administración del Estado contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012 (recurso nº 626/2011 ) en la que, Estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Andalucía contra la resolución del Consejo Nacional de la Competencia de 6 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0167/09, productores de uva y vinos de Jerez), se anula la referida resolución en la parte que declara a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por haber llevado a cabo una práctica concertada para fijar los precios de la uva y el mosto durante el período comprendido entre abril de 1991 hasta al menos marzo de 2009 En el motivo de casación se alega la infracción de los artículos 1 ,4,61 , 62 y 63 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , en relación con el artículo 101 TFUE , y la jurisprudencia que interpreta dichos preceptos, aduciendo la Abogacía del Estado que, pese a la incuestionable participación de la Junta de Andalucía en los hechos investigados en relación al cártel del vino de Jerez, la sentencia de instancia exime de toda responsabilidad a la Junta sobre la base de considerar que no intervino como operador económico y que en tales circunstancias la Comisión Nacional de la Competencia no tiene otra vía para actuar en contra de la conducta que la que le proporciona el artículo 12.3 de la Ley de Defensa de la Competencia , esto es, impugnar sus actos de la Administración ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En apoyo de su planteamiento contrario a la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional el Abogado del Estado invoca el principio de legalidad de la actuación administrativa y la necesaria sujeción de ésta a lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia, así como la expresa habilitación de

dicha Ley para resolver sobre la responsabilidad de todos aquellos sujetos autores de la conducta prohibida por su artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia , aun cuando no tengan la consideración de operadores económicos en sentido estricto; y, en fin la inviabilidad de la impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 12.3 de la Ley de Defensa de la Competencia ) dado que aquí no se trata de disposiciones o actos administrativos de la Junta de Andalucía sino ante una actuación material de dicha Administración (convocatoria de reunión, impulso, seguimiento,...) que no es susceptible de control a través de la legitimación para impugnar que el citado artículo 12.3 reconoce a la Comisión Nacional de la Competencia.

El motivo de casación formulado en esos términos debe ser acogido.

Por lo pronto debe notarse que, en el plano subjetivo, el artículo 1 de la Ley se refiere a las conductas prohibidas (“... todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. ..”) sin que de ese enunciado se excluyan las conductas llevadas a cabo por entidades de naturaleza jurídico-pública. Y en esa misma línea, cuando el artículo 61.1 de la Ley se refiere a los sujetos infractores incluye en esa categoría, sin excepción, a “... las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley”.

Es cierto que más adelante, el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 , al enumerar las sanciones según se trate de infracciones leves, graves o muy graves, se refiere a las sanciones que en cada caso pueden imponerse “... a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley”. Sin embargo, esta alusión a los agentes económicos y empresas guarda relación directa con el hecho de que las sanciones que el mismo artículo 63.1 delimita se cuantifican como un porcentaje del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, criterio que, ciertamente, no resulta adecuado cuando la conducta se reprocha a una administración o entidad jurídico pública; lo que no excluye, sin embargo, que ésta pueda haber incurrido en una conducta prohibida de las definidas en el artículo 1 de la propia Ley.

La Sala de instancia invoca diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -STJU de 12 de julio de 2012, caso Compass-Datenbank, y STJUE de 28 de febrero de 2013 (asunto C-1/12 ), caso Ordenados Técnicos Oficiais de Contas- para señalar que, a pesar de la distinta ter-



minología que utilizan la normativa española y la comunitaria europea para definir el ámbito subjetivo de aplicación de las normas, en realidad coinciden en el sentido de que "...la conducta puede ser realizada por cualquier agente económico (incluida por tanto la Administración Pública), cualquiera que sea su forma jurídica siempre que ejerza una actividad económica" (FJº tercero de la sentencia recurrida).

Quiere decirse con ello que la sujeción al derecho de la competencia viene determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que ésta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia.

La sentencia recurrida afirma que una Administración puede ser considerada responsable de una conducta contraria al derecho de la competencia cuando actúa como operador económico pero no cuando lo hace ejerciendo potestades públicas -aunque sea excediéndose de ellas- pues en este caso el órgano regulador de la competencia no tiene otra vía que la de la impugnación del acto o disposición ante la jurisdicción contencioso-administrativa, para lo que está expresamente legitimado en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.3 de la Ley 15/2007 . Pero esta afirmación merece algunas puntualizaciones.

Por lo pronto, no siempre resulta sencillo determinar si una Administración está actuando, o no, en el ejercicio de potestades públicas. Sobre todo si, como sucede en el caso que examinamos, su actuación no se exterioriza en actos formales, realizados a través del procedimiento establecido en las normas, sino que se plasma en actuaciones materiales, más o menos difusas, cuya impugnación en vía jurisdiccional conforme a lo previsto en el citado artículo 12.3 de la Ley 15/2007 resultaría escasamente viable, dado que el precepto confiere legitimación «... para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

En particular el punto en el que afirmábamos -y ahora lo reiteramos- que en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado.

Siendo ello así, es indudable -la propia sentencia recurrida lo admite y no ha sido cuestionado en casación- que en el caso que nos ocupa la actuación de

la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia; todo ello en los términos que describe la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, que atribuye a la Administración autonómica “...un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del acuerdo de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez entre determinados productores y bodegueros...”. Por tanto, debe considerarse ajustada a derecho la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que declara a la citada Consejería de la Junta de Andalucía responsable de una conducta infractora del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia .

Sin duda habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -o, en su caso, por los órganos de las Comunidades Autónomas con atribuciones en materia de defensa de la competencia- será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme a lo previsto en los artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007 . Pero la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando.”

(STS de 18 de julio de 2016. Sala 3ª, Secc. 3ª. F. D. 1º, 2º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas).

(ROJ: STS 3525/2016. Nº Recurso: 2946/2013. <http://www.poderjudicial.es>)

## XIV. HACIENDA PÚBLICA

### MATERIA IMPONIBLE Y HECHOS IMPONIBLES

La nueva redacción del art. 6.3 de la LOFCA ampara la compatibilidad entre el impuesto sobre actividades económicas y el impuesto autonómico sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente.

“Es objeto del presente recurso de casación la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 28 de abril de 2015 , que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Gas Natural, SDG, SA, contra la resolución de la Consejería de Administración Pública y Hacienda de la Junta de Extremadura, por la que se

desestima por silencio la rectificación de la autoliquidación presentada por el Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el Medio Ambiente, correspondiente al ejercicio 2009, por producción de energía, confirmada por la Junta Económico Administrativa de Extremadura, anula la referida resolución, al haber sido declarada inconstitucional la norma reguladora, acordando la devolución de la cuota tributaria de 2.298.647,15 euros, resultante de la declaración-autoliquidación presentada, más el interés de demora establecido en el artículo 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, desde la fecha en que se realizó el ingreso indebido hasta la fecha en que se ordena el pago de la devolución.

La Junta de Extremadura formula dos motivos de casación contra la referida sentencia.

El segundo de los motivos, articulado al amparo del art. 88. 1 d) de la Ley Jurisdiccional, se basa en la infracción de la Disposición Final de la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, que modificó el artículo 6 de la LOFCA, al haber entendido la Sala erróneamente que al devengo del gravamen no le es de aplicación la LOFCA reformada en el 2009 y sí la LOFCA antigua sobre la que se pronunció el Tribunal Constitucional, no obstante desplegar la modificación operada sus efectos desde el mes de enero de 2009.

Sostiene que la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia 22/2015 no es aplicable al caso de autos, toda vez que la liquidación discutida (correspondiente al ejercicio 2009) excede del marco temporal en el que el bloque de constitucionalidad constreñía a las Comunidades Autónomas a gravar la “materia imponible” que ya lo estuviera por otros tributos locales, mientras que la nueva ordenación establece el límite para los casos en que haya concurrencia de “hechos imponibles”. Lo que, en su opinión, hace la sentencia recurrida es extender los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a supuestos sobre los que expresa y conscientemente el Tribunal Constitucional ha evitado pronunciarse. La declaración de inconstitucionalidad afecta a las liquidaciones devengadas con anterioridad al 1 de enero de 2009, fecha en la que entró en vigor la reforma.

Termina indicando que la nueva redacción del artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas ampara la compatibilidad entre el impuesto sobre actividades económicas y el impuesto autonómico sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente. En este último, el hecho imponible es la producción energética a través de instalaciones fijas, calculándose directamente la base imponible de la producción energética del sujeto pasivo; hay una relación directa entre la actividad productiva, tenga o

no consecuencias económicas para el obligado, y la exacción del impuesto, pudiendo llegar el caso que de suspenderse la producción quede minorada la cuota tributaria. No ocurre así con el impuesto sobre actividades económicas, en el que el ejercicio de la actividad ya implica su exacción, y esa actividad puede ser meramente comercial o financiera, no productiva, y no por ello se reduce la tarifa a abonar. En otras palabras, una central de producción inactiva o en parada tecnológica no genera hecho imponible en el impuesto autonómico; en cambio, esa central improductiva o en parada tecnológica si genera el impuesto sobre actividades económicas. No hay, pues, doble imposición, ya que no estamos ante el mismo hecho imponible.

Esta Sala ha resuelto un recurso similar en relación con la rectificación de la autoliquidación del impuesto instada por Iberdrola Generación, S.A.U, cas. 1946/2016, por lo que procede reiterar lo que allí dijimos.

.....

(STS de 16 de junio de 2016. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 2º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Frías Ponce)

(ROJ: STS 2825/2016. Nº Recurso: 1942/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

El recurso de casación procede contra sentencias que resuelven una cuestión de ilegalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

“Comenzamos nuestra respuesta al recurso de casación, poniendo de relieve que procede el mismo contra las Sentencias de las Sala de lo Contencioso-Administrativo resolviendo una cuestión de ilegalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

En efecto, así se declaró en el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Pleno de esta Sala de 26 de junio de 2012 - recurso de casación 5538/2007 - en la que se dijo:

“Las sentencias dictadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia resolviendo una cuestión de ilegalidad planteada por un Juzgado, como es el caso, sí son recurribles en casación, pues deben entenderse “ como dictadas en única instancia “, según ha afirmado este Tribunal Supremo en las suyas de 20 de septiembre de 2007 y 22 de marzo de 2012, recaídas, respectivamente, en los recursos de casación núms. 2160/2002 y 6214/2008.

No se oponen a ello las dudas interpretativas que pudieran suscitar algunos preceptos de la Ley de la Jurisdicción. Así, aunque su art. 81.2.d) disponga que serán siempre susceptibles de apelación las sentencias de los Juzgados que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales, y aunque el inciso final del 27.2 deba interpretarse, como antes dijimos, como expresivo de un mandato que compele al órgano jurisdiccional con competencia para la impugnación directa a resolver sobre la validez o nulidad de la norma cuando conoce de aquella apelación, de ahí no se sigue que dicha Ley haya querido excluir el recurso de casación cuando la Sala territorial, por la razón que sea, decide por vez primera sobre esa validez o nulidad. Y aunque su art. 123.2, inciso final, “sancione” la personación tardía, no con la pérdida de los trámites precluidos, sino con su inadmisión, de ahí tampoco se sigue que las “partes”, así denominadas en ese art. 123.2 y el 125, núms. 2 y 3, no lo sean en sentido propio. El hecho de que aquella Ley indique de modo explícito qué sentencias no son recurribles en casación; la obvia trascendencia general de una decisión cuyo objeto es ese de declarar la validez o nulidad de una norma; la atribución a las Salas territoriales de la competencia para conocer en única instancia de los recursos dirigidos contra las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales [art. 10.1.b)]; y un principio favorable a la posibilidad de ejercicio de todos los “remedios” procesales que prevé el ordenamiento jurídico, excluyendo sólo aquél o aquellos que éste excluya en efecto, son razones suficientes para confirmar ahora lo ya establecido en aquellas sentencias de 2007 y 2012.

Ni se opone tampoco el hecho de que el actor, por definición, haya visto ya satisfechas, y de un modo inalterable, las pretensiones que dedujo en el recurso en el que recayó la sentencia firme a la que luego sigue el planteamiento de la cuestión de ilegalidad. Es así, porque rebasando el mero interés por la legalidad, el suyo consiste más bien en que no le vuelva a ser aplicada una norma que ya antes se le aplicó.” .....

.....  
.....

(STS de 27 de junio de 2016. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Martín Timón).

(ROJ: STS 3095/2016. Nº Recurso: 2457/2015. <http://www.poderjudicial.es>

## XVI. MEDIO AMBIENTE

### LA ACCIÓN POPULAR EN ESTA MATERIA

La pretensión de declaración de caducidad de concesiones mineras no tiene trascendencia directa ni indirecta en la protección del medio ambiente, que constituye uno de los requisitos para poder ejercitar la acción popular por parte de la asociación actora.

“La sentencia de instancia reconoce la legitimación de la Asociación Plataforma Oro No para instar la caducidad de las concesiones mineras por tratarse de una cuestión de medio ambiente, atendida la Ley de Acceso a la Justicia en materia de Medio Ambiente (en adelante LIPPAJM) aunque la cita no es de un precepto determinado, como ya se ha visto. El motivo de casación denuncia la vulneración de los arts. 3.2.e), 3.3 apartados a) y b), y de los arts. 22 y 23.1 de la LIPPAJM. De estos preceptos, los art. 3.3, 22 y 23 si guardan relación, en efecto, con el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, englobando en tal concepto la revisión en vía administrativa por vía de recursos administrativos, que es uno de los tres derechos que define como objeto de la LIPPAJM cuando en su art. 1 dispone: «1. Esta Ley tiene por objeto regular los siguientes derechos: c) A instar la revisión administrativa y judicial de los actos y omisiones imputables a cualquiera de las autoridades públicas que supongan vulneraciones de la normativa medioambiental».

El derecho de acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales se regula en el Título IV de la LIPPAJM, y tiene, por una parte, la vertiente de impugnación de los actos u omisiones que hayan vulnerado los derechos de información y participación pública (arts. 20 y 21) y, por otra, establece bajo la rúbrica de acción popular en asuntos medioambientales, el siguiente derecho: «Art. 22: Los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23 a través de los procedimientos de recurso regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como a través del recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

- Se observa sin dificultad que esta acción popular no es la acción pública que admiten algunos sectores de nuestro ordenamiento jurídico. Como hemos

dicho en sentencia de 7 de junio de 2013 (rec. cas. núm. 1542/2010 ), «[I] a acción pública que reconoce la Ley 27/2006, de 18 de julio , por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, es un acción pública peculiar, porque tiene unos límites hasta ahora desconocidos en el ejercicio de la acción pública. Baste señalar que su ejercicio depende de la concurrencia de una serie de requisitos, entre los que destaca, por lo que hace al caso, que la acción se habrá de ejercitarse, en todo caso, por asociaciones dedicadas a la defensa del medio ambiente, sin que el ejercicio de esta acción se reconozca a las personas físicas.

Sobre las dudas surgidas en torno a si estamos o no ante una verdadera acción pública, porque lo esencial en este tipo de acciones es que se permita el ejercicio de la acción a cualquier “ciudadano” (artículo 19.1.h de la LJCA ), solo debemos añadir que la propia Ley 27/2006, de 18 de julio, en su exposición de motivos, duda de su naturaleza al señalar que se introduce una “especie de acción popular” cuyo ejercicio corresponde a las personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección del medio ambiente».

También destacábamos las peculiaridades y limitaciones de la acción pública medioambiental, en nuestra sentencia de 16 de mayo de 2007 (rec. cas. núm. 8001/2003 ) al declarar que propiamente no existe una acción pública medioambiental, y señalábamos allí que «el ordenamiento jurídico no concede una acción pública en materia de protección del medio ambiente, ni siquiera en la reciente Ley 27/2006, de 18 de Julio, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, la cual, en su artículo 22 , sólo otorga acción popular a las personas jurídicas sin ánimo de lucro y sólo cuando cumplen los requisitos de su artículo 23».

Pues bien, no cuestionado que la Asociación Plataforma Oro No cumple los requisitos del art. 23 de la Ley 27/2006 , lo que procede examinar es si esa declaración de titularidad de interés que reconoció la sentencia de instancia con base en la citada ley, es conforme a los requisitos del art. 22 de la misma. Y el art. 22 tan sólo reconoce la acción pública respecto a «[I]os actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1

Para entender adecuadamente este precepto no puede utilizarse un criterio de inclusión nominativo de sectores de legislación, ya que existen materias como la de legislación minera que no están comprendidas en la enumeración

bajo este criterio, pero sin embargo puede tener, en determinadas facetas, un alto impacto en el medio ambiente, y en concreto en la protección de los suelos, las aguas, la utilización de los suelos. Existe además, un título transversal como es la evaluación de impacto ambiental, que afectará aquellas actividades que se encuentren afectadas por la obligación de evaluación de impacto ambiental, como pueden ser las explotaciones mineras. Por tanto, no cabe descartar a priori que determinadas actuaciones administrativas en materia de minería, puedan comportar una lesión a los sectores enunciados en el art. 18 de la Ley 27/2006 .

Pero para proclamar la legitimación, el interés de la Asociación Plataforma Oro No en la declaración de caducidad de concesiones mineras, que es lo que niega la Administración, es necesario atender a si con esta solicitud se estaba impugnando una omisión de la autoridad administrativa que pudiera afectar a algunos de los sectores concernidos por el art. 18 de la Ley 27/2006 . Y para ello hay que estar a los motivos por los que se solicitó la caducidad de las concesiones mineras. La lectura del escrito de solicitud de caducidad permite comprobar que ninguno de los motivos invocados trasciende del puro interés de legalidad, y ninguno tiene trascendencia ni directa ni indirecta, para la protección del medio ambiente. Así, la Asociación Plataforma Oro No, partiendo de la afirmación de que no existe ninguna actividad minera en ninguna de las concesiones, solicitó la declaración de caducidad por los siguientes motivos del art. 109 del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, Reglamento General para el régimen de minería:

- por la letra d), relativa a incumplimiento de la obligación de iniciar los trabajos en el plazo de un año a partir del otorgamiento de la concesión.
- por la letra f), por incumplimiento de la obligación de presentar, dentro de los plazos reglamentarios, el plan de labores anuales.
- por la letra e), por haber sido incumplido el plan de labores, pero ello no por realizar algún tipo de actividad, sino por estar las concesiones en inactividad.

La lectura del escrito de solicitud permite constatar que no hay ninguna actuación u omisión de la Administración, que aun de ser ciertos los hechos que en su escrito alega la Asociación Plataforma Oro No, pudiera comprometer directa o indirectamente el medio ambiente en ninguno de los ámbitos enunciados en el art. 18 de la Ley 27/2006 . Por ello se constata que, con independencia del fin último o utilidad remota que inspira los Estatutos de la Asociación, de oponerse a este tipo de actividad minera en el entorno de Tapia de Casariégo, lo cierto es que en su solicitud tan sólo existe un fin de control de legalidad, pero esta finalidad no encuentra cobertura en la ac-



ción pública que regula el art. 23, en relación con los art. 22 y 18 de la Ley 27/2006, que la sentencia de instancia ha aplicado indebidamente. En consecuencia, el motivo de casación debe prosperar, y procede casar y anular la sentencia de instancia”

.....

(STS de 16 de junio de 2016. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Toledano Cantero).

(ROJ: STS 3559/2016. Nº Recurso: 2572/2014. <http://www.poderjudicial.es>)

## XVIII. PERSONAL

### PRUEBA DE EVALUACIÓN DE COMPETENCIAS

El asesoramiento externo para la realización de una prueba incluida en el proceso de selección, es cosa distinta de que las bases reguladoras prevean que la realización y valoración de la prueba se delegue en una empresa privada.

“El objeto de la prueba era acreditar las condiciones en que se realizó la práctica de la tercera prueba, de competencia, en la que sostienen los recurrentes no se garantizó el anonimato de los opositores. El motivo está directamente relacionado con el motivo segundo por incongruencia omisiva de la sentencia al no responder adecuadamente a la alegación de violación del anonimato en la tercera-prueba, en la que según la recurrente al firmar los opositores el escrito con las preguntas consignando el nombre y DNI y entregarlo conjuntamente con las respuestas, se violaba dicho principio de anonimato.

Sin embargo los motivos primero y segundo están directamente relacionados con el tercero relativo a la delegación que para el ejercicio de la tercera prueba se realiza por el Centro de Psicometría y Psicodiagnóstico. Sostiene la sentencia recurrida en el fundamento jurídico séptimo lo siguiente:

“Delegación de funciones del Tribunal en el Centro de Psicometría y Psicodiagnóstico. Se cuestiona la legalidad de la prueba que se enjuicia en cuanto, supone: que el Tribunal calificador “renuncia” a la función evaluadora, que respecto de los aspirantes, le asignan las bases del proceso de selección. No puede compartirse tal conclusión por la Sala, en cuanto que las mismas bases prevén la posibilidad de que el Tribunal recabe el asesoramiento externo para la realización de las pruebas incluidas en el proceso, las cuales se encuentran en todo momento bajo el control de aquél, a quien corresponde velar por la regularidad del proceso, sin bien la prueba de evaluación de competencias

se desarrolla por una empresa técnica ajena al Tribunal, lo cual no se estima contrario a las bases, atendida aquella posibilidad de asesoramiento externo”.

Como sostiene la recurrente el apartado 6.5 de las bases reguladoras dispone que corresponde al Tribunal calificador la determinación concreta del contenido de las pruebas, a excepción de la prueba de evaluación de competencias, que será diseñada y evaluada por una empresa de psicometría especializada en la materia.

Pues bien se admite por las partes que el Tribunal Calificador en aplicación de dicha base se limitó a trasladar el resultado de la valoración realizada por la empresa particular encargada de la realización de la prueba tercera de competencia. Como sostiene la recurrente existe una delegación de competencias públicas que corresponden únicamente al Tribunal Calificador, que supone una dejación de las mismas, limitándose a trasladar sin más el resultado de la valoración de la empresa. Como ya ha declarado esta Sala .véanse por todas las sentencias de 25 de junio de 2012, o 20 de febrero de 2013, referidas a la recepción acrítica de informes elaborados por empresas privadas en materia de contratación, una cosa es que el Tribunal pueda solicitar asesoramiento sobre una determinada materia del proceso selectivo y otra la atribución completa de una de sus fases a una empresa privada, de la que se desconoce quien hace las valoraciones, con la imposibilidad de la recusación de sus componentes, y que además no está sujeto a la legislación administrativa y en consecuencia a las necesidades de motivación, de establecimiento de los criterios de corrección del ejercicio tipo test, lo que se traduce en la falta de garantías de los opositores.

Frente a ello la Administración sostiene que no hubo un abandono total del control de la prueba de competencia por el Tribunal Calificador, sin embargo lo que se deduce es que era la base, a la que se acoge la Administración, la que preveía que la realización y valoración de la prueba sería a cargo de la empresa privada, y esta Sala viene manteniendo que cuando las bases son ilegales, provocan la vulneración de la tutela judicial efectiva de los interesados y el derecho a acceder a la función pública en aplicación del artículo 23.2 y 24.1 de nuestra norma constitucional, y en consecuencia se produce la vulneración de estos derechos fundamentales y es posible en estas circunstancias las impugnación de las bases, pese a no haberlas combatido antes de la celebración del proceso competitivo.

Sostiene la Administración que los recurrentes pudieron solicitar y practicar prueba pericial que demostrara la falta de acierto en la valoración de la tercera prueba, pero lo cierto es que la falta de motivación de las valoraciones

haría inútil esta prueba, pues difícilmente se podrían impugnar los criterios de valoración, sin que estos hayan sido previamente establecidos, y por otra parte, la alegación de que la valoración, pese a ser de tipo test, no puede realizarse mediante un criterio matemático de acierto o desacierto, al estar urnas respuestas conectadas con otras, exigía precisamente una mayor y concreta motivación que justificara el resultado de la prueba realizada y facilitara su impugnación.

En consecuencia, el motivo ha de ser admitido y ha lugar al recurso de casación interpuesto, casando la sentencia recurrida y dictar otra de estimación parcial del recurso, ordenando la retroacción de actuaciones al momento posterior a la realización de la tercera prueba, para que por el Tribunal Calificador se proceda, previo establecimiento de los criterios de selección, y sin perjuicio de solicitar los asesoramientos que tenga por conveniente, a la valoración de dicha prueba, debiendo motivar concretamente la nota de cada uno de los opositores, con las consecuencias legales que se deriven de estas actuaciones”.

.....  
.....

(STS de 1 de marzo de 2016. Sala 3ª, Secc. 7ª. F. D. 1º. Magistrado Ponente Sr. Díaz Delgado)

(ROJ: STS 1588/2016. Nº Recurso: 994/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

## XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El ámbito del control jurisdiccional de las decisiones del Gobierno sobre los indultos, afecta a los aspectos reglados del procedimiento.

“En principio, los actos que se pronuncien sobre el derecho de gracia concediendo o denegando un indulto solicitado por un condenado por los Tribunales Penales, aunque se consideren como típicos actos de Gobierno y, por ello, discrecionales, son susceptibles de control jurisdiccional. Ahora bien, no se trata de una fiscalización “in integrum” de la decisión adoptada en vía administrativa que no tenga límites, porque esa posibilidad sería contraria a la propia normativa del derecho de gracia en la Constitución, como ha tenido ocasión de declarar el mismo Tribunal Constitucional (Auto 360/1990). Y es que la decisión graciable que el indulto comporta, no está sujeto a mandato legal taxativo” siendo de plena disposición para el Gobierno “, que no puede ser cuestionado en vía jurisdiccional en cuanto a la decisión esencial del men-

cionado derecho; esto es, sobre la procedencia o no de conceder el derecho o incluso el alcance con que el mismo se concede por el Gobierno.

La consecuencia de lo expuesto es que las decisiones sobre concesión o no del indulto, no son actos que no estén sujetos a mandato legal alguno y, por tanto, limitan su control jurisdiccional. En este sentido se ha delimitado por la jurisprudencia que ese control ha de abarcar a lo que ha venido delimitándose como “aspectos reglados del procedimiento”, en concreto, en si han sido solicitados los informes preceptivos que se imponen por la vieja Ley de 1870. Y en este sentido y desde el punto de vista formal se ha declarado que no es exigible a dichas decisiones la necesidad de la motivación en el sentido que se impone para los actos administrativos en la aún vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino por su Ley específica que orilla la aplicación de tal norma general por la naturaleza de tales actos ya mencionada.

Sentado lo anterior y reducido el control jurisdiccional de las actos que se pronuncian sobre las peticiones del derecho de gracia, este Tribunal ha considerado que por tratarse de cuestiones que afectan al procedimiento, los vicios que se denuncien han de estar referidos a los supuestos de nulidad de pleno derecho que se contienen en el invocado artículo 62.1º.e) de la mencionada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que remite a la nulidad de pleno derecho los actos cuando se prescinda “total y absolutamente” del procedimiento establecido, con el alcance que se ha dado a tales conceptos jurídicos por la jurisprudencia; o bien, en otro caso, a los supuestos genéricos de anulabilidad del artículo 63 de la mencionada Ley de procedimiento, que condiciona la declaración de ineficacia de los actos por otros defectos de procedimientos, a los supuestos en los que se ocasione indefensión o impida al acto alcanzar su fin. La interpretación de ambos preceptos se ha hecho por la jurisprudencia en sentido sustancialista, partiendo de que en nuestro Derecho las formas no tiene una finalidad en sí misma, sino en cuanto son garantía de acierto para la Administración y de defensa de los derechos de los ciudadanos; lo cual ha llevado a declarar que cuando no se haya omitido de manera absoluta el procedimiento, solo aquellas omisiones que ciertamente resulten relevantes pueden comportar la ineficacia del acto por la vía de anulabilidad, doctrina que aplicada al caso de autos, la jurisprudencia citada lo remite a la emisión de los informes que se consideran relevantes para apreciar las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para pronunciarse sobre el derecho de gracia solicitado.

Delimitado nuestro cometido en la forma expuesta, ya hemos visto como en la demanda se hacen varios reproches en cuanto a las actuaciones que constan en el expediente y de otras que debieran constar, a juicio de la parte demandante, y no constan. Respecto de aquellas primeras deficiencias denunciadas, las críticas de la demanda se centran en el informe preceptivo que conforme a lo establecido en el artículo 25 ha de emitir el "Tribunal sentenciador"; críticas que se orientan en un doble sentido, bien a denunciar que, si bien se ha emitido formalmente, carece de una motivación porque contiene un contenido estereotipado y genérico que no puede estimarse como tal. De otra parte, que se omiten en el mismo las circunstancias personales del condenado y las peculiaridades en la tramitación de las actuaciones penales; de otra parte, se considera por la parte recurrente, que si bien debe entenderse que ese informe debía emitirse por la Audiencia Provincial, que fue la que dictó la sentencia definitiva, modificando la condena impuesta en la instancia; se debió haber recabado también el informe del Juzgado que conoció de la causa en primera instancia.

A la vista de esas consideraciones debemos comenzar por recordar que el mencionado artículo 25 de la Ley de Indulto dispone que ese informe que debe emitir el Tribunal sentenciador, "hará constar en su informe, siendo posible, la edad, estado y profesión del penado, su fortuna si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido durante la causa, la parte de la condena que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria, y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica derecho de tercero, y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia."

Es importante destacar la pluralidad de circunstancias que se imponen en el precepto que no es una mera exigencia formal sino que están todas ellas referidas a las condiciones que deben ser valoradas por el Gobierno para poder pronunciarse, en un sentido o en otro, sobre la petición del indulto, máxime si como sucede en el caso de autos, ya en la misma solicitud del derecho de gracia se había hecho referencia a la existencia de circunstancias peculiares, como era el cumplimiento de la mayor parte de la condena, la minusvalía declarada del solicitante, etc.

Pues bien, no le falta razón a la defensa del recurrente cuando hace ver que difícilmente puede estimarse que esa exigencias del precepto pueden estimarse cumplidos con el informe del Tribunal sentencia que obra en autos -folios 152 y siguientes- en el que se hace una referencia a las dos sentencias dictadas en el mismo procedimiento penal, incluyendo como propuesta para el pronunciamiento sobre la gracia solicitada la escueta frase: “este Tribunal informa en sentido desfavorable al indulto instado... No se dan circunstancias extraordinarias que justifiquen la gracia excepcional solicitada ...”. Es evidente que si de los mencionados informes ha de concluirse la concurrencia de los presupuestos necesarios para que el órgano que ha de decidir conozca las circunstancias personal del solicitante de la gracia, o en palabras del artículo 28 de la Ley de 1870, se pueda determinar la “justicia, equidad o conveniencia “de su concesión, difícilmente pueden apreciarse con tan escasos, más bien inexistentes, datos contenidos en el informe emitido en el caso de autos. Y con ello se hurta la formación de la decisión del órgano que debe decidir sobre ello, sin que sea de recibo el argumento que se aduce de contrario de que fue la misma Administración que debía decidir la que consideró que se había tramitado correctamente el expediente por el Juzgado de Ejecutorias a quien se encomendó la tramitación del procedimiento; porque precisamente lo que se denuncia es que con tan deficiente informe se desconocían las condiciones que se invocaban por el solicitante para que le fuera concedido el indulto”.

.....

.....

(STS de 20 de septiembre de 2016. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Olea Godoy).

(ROJ: STS 4137/2016. Nº Recurso: 1507/2015. <http://www.poderjudicial.es>)