

**DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO DE LA UNIÓN**

**INFORME ANUAL - 2012 - ESPAÑA**

*(Octubre 2012)*

**Prof. Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO**

---

**ÍNDICE**

**1. REFORMAS NORMATIVAS**

**2. DECISIONES JURISPRUDENCIALES**

*2.1 Tribunal Constitucional*

*2.2 Tribunal Supremo (sala de lo contencioso-administrativo)*

A lo largo del año 2012, en España se han producido varios acontecimientos muy relevantes desde el punto de vista del Derecho administrativo europeo. Se trata de reformas y decisiones tanto constitucionales como legislativas, así como jurisprudenciales, con un gran impacto en la vida ordinaria de los ciudadanos y en el funcionamiento de las administraciones públicas. Todas estas medidas tienen su origen en las políticas adoptadas por la Unión Europea, o en foros intergubernamentales en los que se reúnen los Estados miembros de la Unión.

## **1. REFORMAS NORMATIVAS**

El 27 de septiembre de 2011, y como consecuencia de la profunda crisis económica y de deuda pública en la que se encontraba España, entraba en vigor el nuevo artículo 135 de la Constitución española, mediante el cual se daba rango constitucional a la llamada “regla de oro” presupuestaria. La reforma daba cumplimiento a lo dispuesto en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea, firmado el 2 de marzo de 2012. Como consecuencia de la reforma constitucional, el Estado y las Comunidades Autónomas “no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.” Por primera vez, la Unión Europea aparecía expresamente mencionada en la Constitución española, y lo hacía para fijar un techo de gasto a las administraciones españolas que debería ser posteriormente determinado mediante Ley Orgánica.

Dicha Ley Orgánica entró en vigor el 1 de mayo de 2012, cuyo artículo 11, apartado 2, establece que “ninguna Administración Pública podrá incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales”. Esta regla sólo admite una excepción genérica “en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo”, las cuales admitirán “un déficit estructural del 0,4 por ciento del PIB nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior”.

El impacto de esta disposición ha sido espectacular. Las Administraciones Públicas han realizado el mayor recorte presupuestario de la historia de la democracia, y probablemente uno de los más significativos de la reciente historia europea. Las estructuras organizativas de las Administraciones se han visto profundamente afectadas por estas medidas, así como el propio modelo de organización territorial español. Aunque aún es pronto para determinar el alcance preciso de las reformas ahora en curso, sí puede concluirse que el presente año es el primero de un largo proceso de transformación de la administración española, cuyo resultado final parece ser incierto.

Al hilo del nuevo marco presupuestario, el gobierno ha puesto en práctica un ambicioso plan de reformas entre las que se incluyen varios proyectos de liberalización de sectores económicos estratégicos, así como una revisión del sistema nacional, autonómico y local de licencias de actividades económicas. Estas medidas han sido fruto de las recomendaciones de la Comisión Europea, concretamente las presentadas en mayo de 2012 en el marco del procedimiento de desequilibrio macroeconómico, previsto en el artículo 121.6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

En septiembre de 2012 se anunció el envío a las Cortes del proyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, mediante la cual se pretende asegurar la libre circulación de bienes y prestación de servicios en todo el territorio nacional, reduciendo los costes derivados de la fragmentación del mercado interior. Esta medida, cuya aplicación responde a la misma lógica que la de la Directiva 2006/123, de servicios del mercado interior, introducirá un sistema de reconocimiento mutuo entre las administraciones españolas, hasta ahora inexistente con carácter general.

A ello se suma la reforma introducida mediante el Real-Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que crea un régimen general de actividades sin licencia para todas aquellas “actividades comerciales minoristas realizados a través de establecimientos permanentes, de una superficie útil de exposición y venta al público no superior a 300 metros cuadrados”. Para estas actividades, “no podrá exigirse por parte de las administraciones o entidades del sector público la obtención de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización el ejercicio de la actividad comercial a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento correspondiente.” Estas medidas pretenden no sólo facilitar la apertura de establecimientos permanentes, sino también la entrada de capital extranjero en el país. Con este propósito, las medidas reflejan las exigencias de la libre prestación de servicios y de establecimiento, tal como están recogidas en el TFUE.

## **2. DECISIONES JURISPRUDENCIALES**

### ***2.1 Tribunal Constitucional***

Después de plantear su primera cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia en el año 2011, el Tribunal Constitucional español dictó una importante sentencia, con fecha de 2 de julio de 2012, con un significativo impacto para la aplicación del Derecho de la Unión en España. La STC 145/2012 ha supuesto un paso más en la constitucionalización del Derecho de la Unión, algo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) llevaba algunos años formalizando, pero no de forma definitiva. La STC 145/2012 supone un importante avance en esta dirección, al tiempo que afecta muy directamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La STC 145/2012 resuelve un recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sala de lo contencioso-administrativo), que desestimó el recurso interpuesto por Iberdrola contra una sanción administrativa. Dicha sanción era fruto de la negativa de Iberdrola a someterse al trámite de autorización ante la Comisión Nacional de Energía, previsto para la adquisición significativa de acciones o participaciones en empresas energéticas españolas. Dicho trámite había sido declarado contrario al Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia en una sentencia, dictada en un recurso por incumplimiento en el año 2009. Sin embargo, el Tribunal Superior de Madrid consideró que esta sentencia no le vinculaba, al tener exclusivamente efectos declarativos.

El TC estimó el amparo tras examinar con detalle el estatuto de las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en el marco de un recurso por incumplimiento. Tras constatar que el órgano jurisdiccional ordinario había otorgado únicamente efectos *ex nunc* a la sentencia del Tribunal de Justicia (con el efecto de ignorar la sentencia de condena, posterior al momento en que se omitió el trámite de autorización por Iberdrola), el TC llegó a la conclusión de que tanto el órgano jurisdiccional como la administración sancionadora incurrieron en una alteración del sistema de fuentes, proscrita por la Constitución. Así, el TC estimó el amparo, con base en los artículos 24 y 25 de la Constitución, que reconocen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la tipicidad penal y sancionadora.

La sentencia 145/2012 es importante por varias razones. En primer lugar, porque confirma la obligación que tienen todos los poderes públicos (incluidos tribunales y administraciones públicas) de dar plenos efectos a las decisiones del Tribunal de Justicia, incluso cuando las consecuencias de la interpretación del Tribunal tienen efectos hacia el pasado. Esta conclusión ya era bien conocida con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la mano, pero la STC 145/2012 le otorga rango constitucional y la convierte en materia susceptible de amparo. En segundo lugar, la sentencia da un paso más y reconoce la relevancia constitucional de la aplicación del Derecho de la Unión, pero más allá del supuesto clásico del planteamiento de cuestiones prejudiciales. Hasta la fecha, el artículo 24 de la Constitución había servido para proteger aquellos supuestos en los que un órgano jurisdiccional de última instancia no planteaba una cuestión prejudicial incumpliendo lo dispuesto en el artículo 267.3 TFUE. La STC 145/2012 va más lejos y se centra en aquellos casos en los que un órgano jurisdiccional desatiende su obligación de inaplicar una norma nacional previamente declarada contraria al Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia. En tercer lugar, el TC apunta directamente a las administraciones públicas y les recuerda que ellas también tienen una obligación de inaplicar normas nacionales contrarias al Derecho de la Unión. En el FJ 5º de la STC 145/2012, el TC recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto Costanzo y le da así relevancia constitucional, algo que lógicamente tiene un gran impacto desde el punto de vista de la aplicación administrativa del Derecho de la Unión.

## ***2.2 Tribunal Supremo (sala de lo contencioso-administrativo)***

El año 2012 se ha caracterizado por una amplia actividad jurisdiccional en lo referido al Derecho de la Unión. La sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias relevantes sobre Derecho de la Unión, entre las que destacan las siguientes.

2.2.1. Distintos niveles de control de compatibilidad de la inconstitucionalidad de la ley y de la comunitariedad de la ley: la sentencia de 12 de abril de 2012 y la jurisprudencia posterior

El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre un recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles contra una sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2006, que resolvía un recurso dirigido, en origen, contra una liquidación por el concepto de Tasa por Reserva del Dominio Público Radioeléctrico, correspondiente al año 2001, por un importe que ascendía a 677.599,51 euros. En el origen de dicha liquidación se encontraba el contrato administrativo celebrado entre Telefónica Móviles y la Administración General del Estado de concesión de la prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de comunicaciones móviles personales, así como de concesión del uso del dominio público radioeléctrico. La liquidación reflejaba un aumento respecto de las liquidaciones de años anteriores nada menos que de 7,65 veces el importe de la liquidación del año precedente. Esta modificación era fruto de una modificación en la Ley General de Telecomunicaciones introducida a través de las Leyes 13/2000 y 14/2000, de acompañamiento.

Entre los múltiples motivos invocados por la recurrente, me ceñiré exclusivamente al relativo al Derecho de la Unión. El argumento de Telefónica Móviles se centra en el artículo 11.2 de la Directiva 97/13/CE, que permite a los Estados miembros "autorizar a sus autoridades nacionales de reglamentación a imponer gravámenes que tengan en cuenta la necesidad de garantizar el uso óptimo de dichos recursos, siempre y cuando no sean "discriminatorios" y tengan en cuenta "en especial, la necesidad de potenciar el desarrollo de servicios innovadores y de la competencia.". La recurrente entendía que el incremento de la Tasa tenía únicamente un fin recaudatorio y que nada tenía que ver con el desarrollo ni de los servicios innovadores ni de la competencia. Así pues, el Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, cuya respuesta otorgaba al órgano remitente un amplio margen de actuación. Tras declarar que "el mero hecho de que [un] incremento del importe del gravamen sea sustancial –valoración que no discuten en el presente caso las partes que han presentado observaciones escritas al Tribunal de Justicia– no entraña, por sí solo, una incompatibilidad con el objetivo que debe perseguir, con arreglo al artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13, el gravamen por utilización de recursos escasos", el

Tribunal de Justicia añadió a continuación que esta facultad sólo es admisible "siempre que se respeten las exigencias derivadas de dicho objetivo, es decir, siempre que el importe de dicho gravamen no sea excesivo ni esté subevaluado".

Ante esta respuesta desde Luxemburgo, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que el incremento no era desproporcionado. Para llegar a este resultado, desarrolló un alambicado razonamiento según el cual, muy resumidamente, la constatación de la incompatibilidad entre una Ley y el Derecho de la Unión no puede ser fruto de una mera ilegalidad, sino de una infracción palmaria. En palabras de la Sala:

[N]inguna duda cabe de que esta Sala tiene que pronunciarse sobre el motivo de casación en el que se denuncia la infracción del citado art. 11 de la Directiva 97/13/CE, [partiendo de la siguiente premisa]: la presunción de que la Ley cuestionada respeta el Derecho comunitario. Punto de partida que deriva [...] del respeto que los poderes públicos en general y esta Sala en particular deben a una norma emanada del Parlamento democrático, conforme al procedimiento establecido en las normas que conforman el bloque de la constitucionalidad, y que responde a una decisión de naturaleza política, que es propia de los representantes de la ciudadanía y que, desde dicha estricta perspectiva, escapa al control de este Tribunal o de cualquier otro.

[...]

Presunción de conformidad de la Ley con el Derecho comunitario que tiene como corolario lógico el de que esta Sala sólo podrá declarar la contradicción del art. 66 de la Ley 13/2000 con la Directiva 97/13/CE si la sociedad recurrente, cumpliendo con la carga que le corresponde, mostrara a esta Sala la existencia de la lesión denunciada de forma evidente, palmaria. Y es que, insistimos, a diferencia de lo que sucede en aquellos casos en los que se aprecia la posible existencia de lesión constitucional, que obligan a los órganos judiciales a plantear motivadamente cuestión de inconstitucionalidad,

para que sea el Tribunal Constitucional el que, en su caso, expulse la norma del ordenamiento jurídico, si esta Sala llegara a la conclusión de que la norma cuestionada en esta sede es contraria al Derecho comunitario, podría, sin mayores trámites, ordenar su inaplicación.

[...]

Es precisamente la posibilidad de que se dé esta consecuencia tan grave, que, en definitiva, vendría a desautorizar la decisión del Parlamento del Estado, la que nos obliga a exigir del recurrente, con más fundamento que cuando se nos pide que planteemos una cuestión de inconstitucionalidad, que nos ofrezca, no meros indicios, más o menos sólidos, de la vulneración de la Directiva 97/13/CE, sino, prácticamente, certezas.

Lo importante de esta resolución no es precisamente su espíritu europeo, sino más bien lo contrario. Se trata de una decisión que crea un dudoso precedente cuyas consecuencias están aún por determinar. Lo que sí está claro es que el Tribunal Supremo ha adoptado una jurisprudencia en abierta contradicción con la del Tribunal de Justicia, que durante décadas ha reclamado la igualdad en la aplicación del Derecho de la Unión en relación con las vías de aplicación nacionales. En el asunto Transportes Urbanos esta exigencia se aplicó al mismísimo Tribunal Supremo, y precisamente para evitar una aplicación de la normativa procesal que diferenciaba entre leyes inconstitucionales y leyes anti-comunitarias. No obstante, parece que el Tribunal Supremo español está dispuesto a cuestionar la sentencia Transportes Urbanos, pero sin que lo mencione expresamente en ningún momento<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Doctrina posteriormente reproducida en varias sentencias posteriores de la misma sala, concretamente las dictadas el 24 de mayo, 21 de junio y 19 de julio de 2012.



2.2.2. Discriminaciones inversas europeas y derechos de residencia: la sentencia de 27 de abril de 2012

Este año el Tribunal Supremo ha resuelto también un importante asunto sobre reagrupación familiar y la interpretación de la Directiva 2004/38, de residencia, en el que se aplica a una situación "interna" el Derecho de la Unión con el fin de remediar una discriminación a la inversa. Como es sabido, la aplicación del Derecho de la Unión puede generar situaciones más perjudiciales para quienes no se encuentran en el ámbito de aplicación de dicho ordenamiento. En esos casos, el ordenamiento nacional puede extender la protección a quienes se hallan fuera de la órbita comunitaria. Esto es precisamente lo que ha hecho el Tribunal Supremo en una importante decisión que extiende los términos de la reagrupación previstos en el Derecho de la Unión a situaciones internas. El hecho de que los padres no se encontraban "a cargo" de su hijo, nacionalizado español y residente en España, a pesar de que contaban con recursos para mantenerse económicamente en España, justificó la desestimación inicial de su solicitud de residencia. El Tribunal Supremo interpretó la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto Jia , en especial su definición de las circunstancias que dan pie a que un familiar se encuentre "a cargo" del residente, y descartó fundadamente los argumentos del Estado.

Además de las importantes consecuencias que ha tenido esta resolución en el Derecho de extranjería, es también importante destacar cómo el Tribunal Supremo aplica el principio de igualdad previsto en la Constitución española para extender el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión a fin de remediar discriminaciones con efectos perniciosos para los particulares.