

BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos

Nº37 | febrero 2025 Semestral



SUMARIO:

LEY SINGULAR Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FIRMES.

LA REVISIÓN DE OFICIO DE LAS LIQUIDACIONES FIRMES DEL IIVTNU.

EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS LOCALES.

RECIENTE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ACCESO POR LA AEAT A LA NUBE.

Nº37 febrero 2025. Semestral

CONSEJO ASESOR

Blanca Lozano Cotanda
Andrés Martínez Arrieta
Pascual Martínez Espín
Juan Francisco Mestre Delgado
José Luis Seoane Spiegelberg

COMITÉ EDITORIAL:

Manuel J. Domingo Zaballós
(Coordinador)
Manuel Alcover Povo
José Pérez Gómez
Francisco Pleite Guadamillas
Rocío Trillo Varela
Cristina de Vicente Casillas

Edita: Asociación Judicial Francisco
de Vitoria.
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A,
Madrid.

Diseño: Raspabook

ISSN: 2605-2076

EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

03

LEY SINGULAR Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FIRMES:
Una reflexión con motivo de la ley orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

por Juan Francisco Mestre Delgado Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Alcalá. Abogado.

28

EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO DE LAS LIQUIDACIONES FIRMES DEL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA (IIVTNU)

por V. Alberto García Moreno. Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universitat de València

45

EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS LOCALES.

por Jesús Mozo Amo. Secretario General del Ayuntamiento de Valladolid Magistrado de lo Contencioso-administrativo en excedencia.

65

RECIENTE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ACCESO POR LA AEAT A LA NUBE. EXIGENCIAS EN LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

por María Abelleira Rodríguez Magistrado-Presidente Sección Tributos Sala C-A TSJ Cataluña. Magistrada especialista en el orden c-a.

LEY SINGULAR Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FIRMES: Una reflexión con motivo de la ley orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

Singular law and enforcement of final judgments: A reflection on Organic Law 1/2024, of June 10, on amnesty for institutional, political and social normalization in Catalonia

Juan Francisco Mestre Delgado
Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Alcalá. Abogado

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE CUMPLIR Y EJECUTAR LAS SENTENCIAS FIRMES Y SU DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL.
3. LAS DETERMINACIONES DE LA LEY ORGÁNICA DE AMNISTÍA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS:

RESUMEN

Se plantea en este trabajo un análisis -exclusivamente- de constitucionalidad y legalidad de la Ley Orgánica 1/2024 desde una perspectiva muy excepcionalmente tratada en los comentarios a dicha Ley Orgánica. Esta reclama para sí, con énfasis y para tratar de zanjar la objeción formulada durante su tramitación parlamentaria consistente en que vulneraría el derecho fundamental a la igualdad, el carácter de ley singular, únicamente dictada para resolver un concreto supuesto de hecho. Y esta insistente auto-calificación que efectúa el Legislador da pie a la necesidad de contrastarla con la jurisprudencia constitucional dictada en relación, precisamente, con las exigencias de validez de las leyes singulares, en particular cuando éstas se dictan con la única finalidad de impedir la ejecución de sentencias firmes.

Las determinaciones de la Ley Orgánica que se refieren a la amnistía en relación a sentencias firmes no respetan las exigencias de la jurisprudencia constitucional, precisamente porque se dirigen exclusivamente a impedir el cumplimiento de aquéllas, y por ello vaciando de contenido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). La sumamente elemental y meramente formalista cita del artículo 18.3 LOPJ (precepto que regula el derecho a la ejecución

de sentencias, especificando en su apartado 3 que “Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponde al Rey”) no enmienda ni afecta a la necesidad de interpretar y articular correctamente el derecho fundamental a la ejecución de sentencias con una de las abstractas medidas de gracia, la amnistía, en particular cuando se instrumenta como una ley singular dictada exclusivamente para impedir la ejecución de sentencias en el marco de la Constitución, como requisito imprescindible para garantizar la separación de poderes y la efectividad del derecho fundamental, delimitando de forma precisa y ajustada a la Constitución el ámbito admisible constitucionalmente de la amnistía.

ABSTRACT

This paper proposes an analysis - exclusively - of the constitutionality and legality of Organic Law 1/2024 from a very exceptional perspective dealt with in the comments to said Organic Law. This Law claims for itself, with emphasis and in order to try to settle the objection formulated during its parliamentary processing consisting of the fact that it would violate the fundamental right to equality, the character of a singular law, only dictated to resolve a specific factual situation. And this insistent self-qualification made by the Legislator gives rise to the need to contrast it with the constitutional jurisprudence dictated in relation, precisely, to the requirements of validity of singular laws, in particular when these are dictated with the sole purpose of preventing the execution of final sentences.

The provisions of the Organic Law that refer to amnesty in relation to final judgments do not respect the requirements of constitutional jurisprudence, precisely because they are aimed exclusively at preventing compliance with those judgments, and therefore emptying of content the fundamental right to effective judicial protection (article 24.1 CE). The extremely elementary and merely formalistic citation of article 18.3 of the LOPJ (a provision that regulates the right to the execution of sentences, specifying in its section 3 that “The provisions of this article are understood without prejudice to the right of clemency, the exercise of which, in accordance with the Constitution and the laws, corresponds to the King”) does not amend or affect the need to correctly interpret and articulate the fundamental right to the execution of sentences with one of the abstract measures of clemency, amnesty, in particular when it is instrumented as a singular law enacted exclusively to prevent the execution of sentences within the framework of the Constitution, as an essential requirement to guarantee the separation of powers and the effectiveness of the fundamental right, delimiting in a precise and constitutionally admissible manner the constitutionally admissible scope of amnesty.

PALABRAS CLAVE

Derecho fundamental a la ejecución de las sentencias firmes; ley singular; amnistía.

KEYWORDS

Fundamental right to the enforcement of final judgments; singular law; amnesty.

1. PLANTEAMIENTO.

La Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, reclama para sí la calificación de ley singular. En la autojustificativa Exposición de Motivos lo declara en varias ocasiones; de forma inequívoca, en el apartado V, donde se sostiene que “solo cabe entender esta opción legislativa en el marco de las leyes singulares”; que “su objeto y ámbito se dirige a un grupo concreto de destinatarios y agota su contenido en la adopción de la medida para un supuesto de hecho singular” y se enmarca “la presente ley orgánica de amnistía en la categoría de ley singular”.

Sin duda afronta esta calificación de forma explícita (es evidente, en mi criterio, que se trata de una ley singular) para salir al paso de las objeciones aventadas, inicialmente y sobre todo en medios de comunicación social, en relación a la hipotética vulneración del principio de igualdad que entrañaría una regulación singular, con base en la formulación clásica del carácter general de las leyes. Y a tal efecto dedica sus consideraciones a constatar que la jurisprudencia constitucional ha explicado que las leyes singulares “han de ajustarse a los principios constitucionales”, que, aun siendo excepcionales, tienen cabida en el ordenamiento constitucional (“el dogma de la generalidad de la ley no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar, con valor de ley, preceptos específicos para supuestos únicos o sujetos concretos”; “el concepto de ley presente en la Constitución no impide la existencia de leyes singulares”) y que no infringen el principio de igualdad cuando son “dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador en ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular”, ya que la igualdad consiste en tratar de forma igual supuestos iguales y de forma desigual supuestos desiguales, para lo cual es preciso que la desigualdad cuente con un fundamento objetivo, razonable y adecuado en términos de proporcionalidad.

Situados en el ámbito de las leyes singulares, la ley orgánica específica y concreta los efectos de la amnistía que incorpora, tanto en el ámbito penal como en lo que se refiere a la responsabilidad administrativa, a la de los empleados públicos, a la civil, contable y contencioso administrativa. Con carácter general, establece que “la amnistía declarada en virtud de la presente ley produce la extinción de la responsabilidad penal, administrativa o contable, en los términos previstos en el presente Título” (artículo 3). Pero se preocupa por diferenciar, en todos los casos, si las actuaciones se encuentran en curso o en tramitación (esto es, sin resolución), en fase de recurso frente a la resolución dictada, o con resolución firme, diferenciando igualmente en este ámbito si se ha ejecutado o no, y si lo ha sido total o parcialmente. Así, en relación al

proceso penal, establece (artículo 11.5) que “de aplicarse durante la fase de ejecución de las penas, los órganos judiciales a los que correspondió el enjuiciamiento en primera instancia revisarán las sentencias firmes en aplicación de la presente ley, incluso en el supuesto de que la pena impuesta estuviera suspendida o la persona condenada se hallara en libertad condicional”, aunque (apartado 7) “no se revisarán las resoluciones judiciales firmes que hubieren apreciado la extinción de la responsabilidad criminal a causa de la prescripción del delito...”. En lo que se refiere al ámbito contencioso administrativo, declara (artículo 12.4) que “si al tiempo en que hubiera de aplicarse la amnistía hubiera recaído sentencia firme, se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 102 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. En lo que afecta al “procedimiento en el ámbito contable” (artículo 13) no se alude a sentencias firmes del Tribunal de Cuentas, sino a las actuaciones que se encuentren “en cualquier fase del proceso”, subrayando posiblemente el carácter singular de su regulación; no obstante, previamente se había señalado (artículo 8.1) que “quedarán extinguidas las responsabilidades civiles y contables derivadas de los actos descritos en el artículo 1.1 de esta ley, incluidas las que estén siendo objeto de procedimientos tramitados ante el Tribunal de Cuentas, salvo aquellas que ya hubieran sido declaradas en virtud de sentencia o resolución administrativa firme y ejecutada”. Se contempla finalmente la aplicación a los actos administrativos firmes (artículo 14) aunque esta previsión resulta ajena al planteamiento del presente trabajo, como se explica seguidamente.

La Ley Orgánica argumenta sobre su propia validez, en particular, en lo que afecta al planteamiento de este análisis, desde la perspectiva del principio de igualdad en su condición de ley singular, desarrollando alegatos sobre los principios de justificación y razonabilidad, proporcionalidad y adecuación para justificar las singularidades del caso y la no afectación al principio de igualdad.

Pero sorprendentemente no ha dedicado ni una sola línea de su argumentación a justificar la validez, en términos constitucionales, de las determinaciones que incorpora sobre los efectos de la amnistía sobre las resoluciones judiciales firmes, que constituye un fenómeno de particular relevancia desde la perspectiva del artículo 118 de la Constitución y del derecho fundamental a la ejecución de las sentencias firmes que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) y que ha reclamado la interpretación específica del Tribunal Constitucional, cuya doctrina e interpretación resulta vinculante también en este extremo, en particular en el caso de leyes singulares que impiden el cumplimiento o la ejecución de la sentencia firme.

Como la Ley Orgánica reclama para sí el carácter de ley singular, y se esfuerza en reflejar los criterios del Tribunal Constitucional para justificar algunas de sus determinaciones, resulta llamativo que no lo haya hecho en relación a la determinación de sus efectos sobre las sentencias firmes, cuya revisión impone (salvo en el supuesto del artículo 8.1 citado). Sobre este concreto extremo versa este trabajo, cuyo objeto y finalidad queda delimitado, en consecuencia, al análisis y valoración de los efectos que incorpora sobre las sentencias

firmes desde la perspectiva indicada de la delimitación constitucional de la validez de leyes singulares que persiguen incumplir o impedir la ejecución de aquéllas, dejando por lo tanto al margen todas las demás cuestiones que suscita esta Ley Orgánica.

2. LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE CUMPLIR Y EJECUTAR LAS SENTENCIAS FIRMES Y SU DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL. En particular, la doctrina jurisprudencial sobre la validez constitucional de las leyes singulares cuando afectan o impiden la ejecución de las sentencias firmes.

A) En general: la obligación de cumplir y ejecutar las sentencias firmes como mandato del artículo 118 CE y como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)

La obligación que impone el artículo 118 CE (“es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”) debe interpretarse de forma coherente con uno de los contenidos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cual es el derecho a la ejecución de las sentencias firmes.

El Tribunal Constitucional tiene declarado que este derecho “exige, además de una respuesta razonable y razonada a la pretensión, que el pronunciamiento judicial sea cumplido, exigencia inherente a la efectividad que se predica de la tutela judicial”, para evitar que ésta sea una tutela estrictamente formal de los derechos de los ciudadanos, precisamente porque “la garantía en que consiste la tutela judicial, con su complejidad de contenido, no tiene otro designio que la consagración práctica de los derechos cuya protección se impetra ante los Tribunales. No basta con acatar su opinión, sino que hay que hacerla realidad. Lo contrario sería convertir las decisiones judiciales, y el reconocimiento por ellas de los derechos a favor de cualquiera de las partes, en meras declaraciones de propósitos o de buenas intenciones (por todas, STC 316/1994). De nada serviría obtenerlas, con todos los sacramentos procesales en un juicio formalmente impecable, si el solemne pronunciamiento que lo corone no llegara a tener reflejo en el mundo de los hechos. El derecho al cumplimiento o ejecución se integra, pues, por sí mismo, sin violencia conceptual alguna, en el más amplio de la tutela judicial” (Sentencia T.C. 1/1997, de 13 de enero).

Este contenido del derecho fundamental presenta además una dimensión institucional que subraya su relevancia constitucional. En la jurisprudencia constitucional es ya una constante la afirmación según la cual “la ejecución de las sentencias -configurada legalmente como realización de la resolución judicial en sus propios términos (art. 18 LOPJ)- no sólo forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 CE reconoce, sino que es también un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico” (entre otras, Sentencias TC 176/1985, 4/1988, 85/1991 y 92 /1998).

Por ello cobra una importancia crucial esta obligación impuesta constitucionalmente, que impone inicialmente el deber de cumplir de forma voluntaria, y sólo en su defecto reclama la adopción de medidas de ejecución forzosa por parte del órgano judicial. En el ámbito de la Jurisdicción contencioso administrativa así se explicita en la Ley reguladora vigente: una vez que la Sentencia es firme, se comunica a la Administración para que “la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo” (artículo 104.1); si transcurre el plazo de dos meses –o el que haya fijado la sentencia- sin haberse efectuado, “cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa” (artículos 104.2 y 109).

Esta obligación de cumplimiento voluntario debe efectuarse de manera efectiva y útil, en términos de lealtad procesal y buena fe (artículo 11 LOPJ). Como recordó la Sentencia TS de 7 de octubre de 1986, “el respeto a la cosa juzgada y, en definitiva, a los derechos subjetivos reconocidos judicialmente, es exigible de todos, pero muy especialmente de la Administración pública, sometida plenamente al bloque de la legalidad en el cual se inserta la jurisprudencia”.

Desde esta perspectiva, es imprescindible atender a los criterios sentados en punto al contenido de la obligación de cumplir las Sentencias firmes, identificando la forma en que debe interpretarse el alcance de aquélla obligación. Existe ante todo un auténtico “derecho a un adecuado cumplimiento de lo declarado en la sentencia” (STC 92/1998, de 27 de abril), del que se derivan algunas importantes consecuencias. Entre ellas, en lo que afecta al objeto del trabajo, la siguiente: el Tribunal Constitucional ha indicado que “el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma, cuando ello sea legalmente exigible (SSTC 125/1987, 215/1988, 153/1992, entre otras)”, añadiendo que “el contenido principal del derecho consiste, pues, en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros” (STC 18/1997, de 10 de febrero). O, en los términos de la Sentencia TC 1/1997, de 13 de enero, “la actividad jurisdiccional dirigida a esa finalidad de ejecutar lo juzgado ha de respetar escrupulosamente el fallo o parte dispositiva y ejercitarse con energía e intensidad suficientes para superar los obstáculos que pudieran oponérsele (STC 153/1992). En tal sentido, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial encargado de ella, aunque sea el mismo que dictó la sentencia, se aparte de lo mandado en el pronunciamiento a cumplir o se abstenga de adoptar las medidas necesarias para conseguirlo (SSTC 306/1993 y 322/1994). Ello significa entonces que tal derecho tiene como presupuesto lógico y aun constitucional, la intangibilidad de la firmeza de las resoluciones judiciales y de las situaciones jurídicas allí declaradas (STC 135/1994), sin que, por lo mismo, puedan ser introducidas en el procedimiento de ejecución, para alterar el contenido de la parte dispositiva de la sentencia, cuestiones no abordadas en ella ni decididas en el fallo que se trate de ejecutar o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad (SSTC 91/1993 y 219/1994)”.

B) La ejecución de la sentencia en sus propios términos como criterio general.

a) La jurisprudencia constitucional ha declarado, desde antiguo, que la ejecución de las sentencias debe hacerse, como regla general, en sus propios términos, y solamente cuando no haya resultado posible (de aquí la importancia de la tutela cautelar efectiva) procederá la ejecución mediante fórmulas sustitutorias o alternativas. En el mismo sentido, el artículo 18 LOPJ establece que “las resoluciones judiciales solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes” (apartado 1) y que “las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Solo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización” (apartado 2).

b) La ejecución de las sentencias firmes es un principio, una regla y un derecho de especial relevancia en el ordenamiento constitucional, como se ha indicado. Como reflejo de su protagonismo bastará con recordar que, frente a lo que establecía la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 que contemplaba (sin perjuicio de su calidad técnica general) la posibilidad de la inejecución de las sentencias firmes (una prerrogativa de la que disponía la propia Administración condenada en la sentencia, y que le permitía decidir si ejecutaba o no, y en su caso cuando y cómo) la vigente LJCA de 1998 -como establece la LOPJ- sólo prevé, frente a la regla del cumplimiento, la expropiación de derechos contenidos en una Sentencia o la imposibilidad de ejecución, bien por razones de hecho o de regulación, supuesto en el que la ejecución en sus propios términos se sustituye por un equivalente económico (cfr. art. 105). Pero no se contempla la inejecución de la sentencia como posibilidad admisible en el orden constitucional.

C) Mecanismos o instrumentos técnicos al servicio de la ejecución de sentencias firmes.

En todas las leyes procesales se incorporan previsiones sobre ejecución de sentencias. En la LECrim. Las determinaciones son muy sucintas; se limitan (artículo 794) a la ejecución de la indemnización en su caso prevista o fijada en la Sentencia, y a la ejecución de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores cuando se hubiese impuesto. Da la impresión, al menos de forma aparente, que no existen, en la regulación, problemas relevantes en punto a la ejecución de las sentencias.

En la LJCA se contemplan diversas previsiones sobre la ejecución (artículos 106 y ss.) que deben completarse con las determinaciones de la jurisprudencia al respecto, que en algunas

ocasiones han intensificado e innovado en el instrumental aplicable para obtener la ejecución de sentencias. Aunque ahora interesa destacar la regla establecida en el artículo 103.4, conforme al cual “serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento”, de tal forma que el propio órgano judicial puede declarar su nulidad en el incidente de ejecución, salvo que carezca de competencia (art. 103, apartado 5). La previsión es realmente destacable, y refleja no solo la inequívoca trascendencia de la efectividad del derecho fundamental, sino también la superación de la conformación tradicional del dogma del carácter revisor de la jurisdicción, ya que los nuevos actos o decisiones, o disposiciones -reglamentos- que se adopten con aquélla finalidad no deben someterse a un nuevo proceso judicial independiente, sino que pueden ser declarados nulos, y expulsados del mundo del Derecho, en el incidente de ejecución de la Sentencia. Una regla que pone de manifiesto que la actuación posterior a la sentencia de una Administración Pública, del Gobierno o de otros sujetos públicos no cuenta con capacidad, en el ordenamiento jurídico, para impedir la ejecución de una sentencia firme.

D) La jurisprudencia sobre leyes singulares y ejecución de sentencias firmes

Si los actos y las disposiciones administrativos contrarios a la sentencia son nulos de pleno derecho, preciso es plantearse si se aplica la misma sanción a las normas jurídicas con rango de ley, que se dicten para impedir la ejecución de una sentencia, poniendo a prueba si el derecho fundamental y la obligación impuesta constitucionalmente es resistente a las determinaciones del titular de la potestad legislativa (Cortes Generales, Asambleas de las Comunidades Autónomas).

La idea general que subyace en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto es clara: si la nueva regulación general se promulga con la finalidad real de afrontar la ordenación de un asunto, materia, problema o necesidad general que reclama o precisa la atención del legislador, la ley será correcta constitucionalmente aunque, incidental o indirectamente, produzca una afectación a una sentencia firme, de forma que la misma no pueda ejecutarse en sus propios términos; por el contrario, si la ley se dicta con la única finalidad de impedir la ejecución de una sentencia, aquella incurrirá en el vicio de inconstitucionalidad por infringir el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su acepción de derecho a la ejecución de las sentencias.

Está declarado en la Sentencia TC 73/2000, de 14 de marzo, en la que se enjuició la Ley Foral 9/1996 de 17 de junio, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Foral de Navarra, en lo que afectaba a la Presa de Itoiz; en ella se planteó derechamente la cuestión de determinar si se lesiona el artículo 24.1 C.E. en los casos “en los que los efectos obstativos de una Ley o del régimen jurídico en ella establecido para una concreta materia fuese, precisamente, el de hacer imposible que un determinado fallo judicial se cumpla”. Tras aludir

a sus pronunciamientos sobre la significación del derecho fundamental en cuestión¹ y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos², concluyó que “aun no siendo en sí misma arbitraria ni atentando a la igualdad, no tiene cabida en nuestra Constitución aquella Ley o el concreto régimen jurídico en ella establecido cuyo efecto sea el de sacrificar, de

1 Señala, en efecto, que “ha de tenerse presente, de un lado, que el derecho a la tutela judicial en la que se integra el derecho a la ejecución “se califica por la nota de la efectividad” en nuestra Constitución (STC 1/1981, de 26 de enero). Por lo que hemos declarado que sólo cuando se da cumplimiento a las resoluciones judiciales firmes “el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria” (STC 61/1984, de 16 de mayo), al igual que las decisiones judiciales “no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna” (STC 107/1992, de 1 de julio, con cita de las SESTEE 167/1987, de 28 de octubre, y 92/1988, de 23 de mayo). De otro lado, también se ha declarado que el cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional constituye una “exigencia objetiva del sistema jurídico” y “una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho” (STC 15/1986, de 31 de enero) pues implica, entre otras manifestaciones, “la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos judiciales, no sólo juzgando sino también haciendo ejecutar lo juzgado” (STC 10//1992, con cita de las SESTEE 67/1984, de 7 de junio, y 92/1988, de 23 de mayo)”. Añade el Tribunal en esta Sentencia que “ciertamente, el derecho constitucional a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes “participa de la naturaleza de derecho de prestación que caracteriza a aquél en que viene integrado y, en tal sentido, sus concretas condiciones de ejercicio corresponde establecerlas al legislador, y ello hace indudable que el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes viene sometido a los requisitos y limitaciones formales y materiales que disponga la legislación”. Aunque a continuación hemos declarado que “sin embargo, esta potestad de mediación legislativa de los derechos que se integran en el de la tutela judicial no es absoluta, ni dependiente del arbitrio del legislador, pues, dentro del respeto debido al contenido esencial de los derechos fundamentales, resulta indiscutible que el art. 24.1 CE exige, según la STC 158/1987, ausencia de condicionamientos que dificulten o entorpezcan, en lo que aquí interesa, la posibilidad de que lo resuelto por los órganos judiciales sea cumplido en sus propios términos, de manera que, cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución”, como hemos declarado en relación a ciertas declaraciones legales de inembargabilidad en la STC 113/1989, de 22 de junio”.

2 En la Sentencia que se maneja en el texto se invoca la doctrina del TEDH, “no sólo en cuanto a la exigencia de proporcionalidad de cualquier medida restrictiva o impeditiva del ejercicio de un derecho o libertad fundamental sino también, más concretamente, en relación con aquellos supuestos en los que se ha dictado una Ley cuyo efecto directo es el de influir en el desenlace judicial de un litigio en el cual el Estado es parte. Ciertamente, en la STEDH de 23 de octubre de 1.987, asunto National and Provincial Buiding Society y otras c. Reino Unido, se ha dicho que el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1.950 no puede interpretarse en el sentido de que es incompatible con toda injerencia de los poderes públicos en un proceso judicial pendiente. Pero en relación con otros supuestos en los que se dictó una Ley cuyo objeto era impedir la ejecución de un fallo que condenaba al Estado al pago de una indemnización, el mencionado Tribunal, aún reconociendo que la finalidad de la ley era legítima, tras considerar las concretas circunstancias del proceso ha declarado que resulta contradictoria tanto con el principio de “preeminencia del Derecho” consagrado en el art. 3 del Estatuto del Consejo de Europa como con la noción de proceso justo del art. 6.1 del Convenio de Roma de 1950 “cualquier injerencia del poder legislativo en la administración de justicia con la finalidad de influir en el desarrollo judicial de un litigio”, por estimar que en tales supuestos el Estado había intervenido mediante la Ley de forma decisiva para orientar a su favor la solución judicial del caso (Sentencia de 9 de diciembre de 1.994, asunto Stran y Stratis Andreatis c. Grecia, doctrina reiterada en la Sentencia de 22 de octubre de 1.997, asunto Papageorgiu c. Grecia)”.

forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme. Si se quiere, dicho en otros términos, cuando de forma patente o manifiesta no exista la debida proporción entre el interés encarnado en la Ley y el concreto interés tutelado por el fallo a ejecutar. Pues en este caso, atendidas “las características del proceso y el contenido del fallo de la Sentencia” (SSTC 153/1992, de 3 de mayo y 91/1993, de 15 de marzo) cabría estimar que tal Ley sería contraria al art. 24.1 en relación con los arts. 117.3 y 118 CE, al faltar la debida proporción “entre la finalidad perseguida y el sacrificio impuesto” (STC 4/1988, de 21 de enero)”. Esta conclusión se alcanza tras señalar que, aunque el Legislador cuenta con un “amplio margen de libertad al configurar sus opciones”, éste se encuentra delimitado constitucionalmente tanto por la interdicción de la arbitrariedad y el respeto al principio de igualdad, como por la eficacia del artículo 24.1.

La consecuencia es, como fácilmente se comprende, de una importancia capital, puesto que se refleja de forma específica la eficacia de los derechos fundamentales frente a la actividad del Legislador, delimitando con rigor la eficacia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Si esto es así desde la perspectiva de la ejecución de las Sentencias firmes, la misma conclusión debe extraerse cuando la intervención del Legislador se produce con la finalidad de evitar o impedir el control judicial de la actividad administrativa; esto es, cuando una determinada decisión -o regulación- producida por el Gobierno o las Administraciones Públicas es incorporada en una regulación legal, lo que produce la evidente consecuencia de impedir el control jurisdiccional ordinario, y fundamentalmente el desplegado por el orden contencioso administrativo. El fenómeno, ya puesto en práctica en algunas ocasiones, afecta a lo que S. Muñoz Machado ha denominado la “reserva de jurisdicción”, en la medida en que impide el ejercicio de las potestades que atribuye la Constitución a los órganos del Poder Judicial en punto al control de la actividad administrativa, por lo que debería considerarse inconstitucional³. En la Sentencia 72/2000, de 13 de marzo, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la elevación de una norma reglamentaria al rango de ley no excluye su fiscalización, sino que nuestro Ordenamiento ha previsto que sea deferida por los órganos jurisdiccionales a este Tribunal Constitucional si dudan de la conformidad de tal norma con nuestra Constitución.

³ S. Muñoz Machado (“*La reserva de jurisdicción*”, la Ley, Madrid 1989) lo ha explicado tanto en relación con las denominadas leyes singulares como en relación a las validaciones legislativas; así, ha indicado que “cuando la ley ocupa todo el espacio que media entre la regla abstracta y la aplicación concreta, usurpa también el ejercicio de una función que le es ajena e impide que pueda desarrollarse ante los jueces un contencioso -con todas las garantías debidas en el Estado de Derecho- sobre los problemas aplicativos de la Ley”, añadiendo que “siempre, cualquiera que sea la tesis que se acepte, debe quedar un margen para el ejercicio de la función jurisdiccional. Este es el signo de la existencia de una reserva constitucional a favor de la Jurisdicción” (pp. 64-65); desde la segunda de las perspectivas indicadas, ha señalado que “puede haber fórmulas convalidatorias irreprochables pero hay otras que, inequívocamente, se quedan fuera de lo constitucionalmente admisible porque penetran en ámbitos en los que la Constitución ha trazado una línea de separación para preservar un núcleo indisponible para el legislador. Es este núcleo el campo propio de la función jurisdiccional. Y la técnica con la que se acota es la propia de las reservas constitucionales” (p. 82).

De suerte que, en última instancia, la decisión del constituyente sobre nuestro modelo de justicia constitucional implica, como consecuencia por así decir normal, que el juicio de legalidad que corresponde a los órganos jurisdiccionales sea sustituido por un juicio de constitucionalidad; juicio en el que este Tribunal podrá apreciar si la finalidad de la Ley es o no constitucionalmente legítima y, además, si entraña o no una manifiesta desproporción entre los intereses en conflicto. En suma, si el legislador ha actuado dentro de los límites que le traza la Constitución”. Observación que es, desde la perspectiva formal, inobjetable, atendido el sistema de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley en nuestro orden constitucional; pero que suscita un agudo problema, en la reflexión sobre la efectividad del mecanismo así descrito: porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene establecido que no es admisible el recurso contencioso administrativo cuando su finalidad única es la pretensión de que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad. De tal forma que en la realidad de las cosas las consecuencias que apunta el Tribunal Constitucional eventualmente podrán ser, en efecto, meramente retóricas.

El Tribunal Constitucional ha reiterado su doctrina en la Sentencia 50/2015, de 5 de marzo. En el caso, “el órgano judicial argumenta que la Ley 5/2010 hace imposible legalmente la ejecución de su Sentencia de 8 de enero de 2008, anulatoria del Decreto 13/2006, de 9 de marzo, por el que se modifica el anexo I del Decreto 140/1998, de 16 de julio, por el que se aprueba el plan de ordenación de los recursos naturales de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (Palencia), en cuanto tiene un contenido idéntico al mencionado Decreto. Basándose en la doctrina de las SSTC 203/2013 y 129/2013, el órgano judicial considera que la norma es un tipo de ley singular contraria al art. 9.3 CE, en su vertiente de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ya que se ha anulado la prohibición de establecer estaciones de esquí alpino que contenía el plan de ordenación de los recursos naturales de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (Palencia), sin elementos de ninguna clase que permitan valorar la racionalidad de tal decisión, así como al art. 24.1 CE, en su vertiente del derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos, infracción que se presenta estrechamente vinculada a otra relacionada con la reserva a los Jueces y Tribunales de la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado establecida en el art. 117.3 CE”. El pronunciamiento del Tribunal es claro: “atendiendo a las circunstancias del caso, es posible apreciar que la norma impugnada, en la medida en que reproduce casi miméticamente una regulación reglamentaria previamente declarada nula, vulnera el art. 24.1 CE. Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que una de las proyecciones del derecho reconocido en el art. 24.1 CE es el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la efectividad otorgada por el Ordenamiento, lo que implica, de un lado, el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten en sus propios términos y, de otro, el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas (SSTC 171/1991, de 16 de septiembre, FJ 3; 198/1994, de 4 de julio, FJ 3; 197/2000, de 24 de julio, FJ 2; 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4, entre otras muchas). Así, en la STC 312/2006, de 8 de noviembre, ya señalamos «que podría producirse una lesión del art. 24.1 CE en aquellos supuestos en los que los efectos obstativos de una ley o del régimen jurídico en ella establecido para una concreta materia fuesen precisamente hacer imposible de

forma desproporcionada que un determinado fallo judicial se cumpla, pues siendo indudable que la Constitución reconoce al legislador un amplio margen de libertad al configurar sus opciones, no es menos cierto que también le somete a determinados límites, entre ellos el que se deriva del art. 24.1 CE». Por tanto, señalamos en la misma Sentencia y fundamento jurídico que «no tiene cabida en nuestra Constitución aquella ley o el concreto régimen jurídico en ella establecido cuyo efecto sea el de sacrificar, de forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme. Si se quiere, dicho en otros términos, cuando de forma patente o manifiesta no exista la debida proporción entre el interés encarnado en la Ley y el concreto interés tutelado por el fallo a ejecutar. Pues en este caso, atendidas las características del proceso y el contenido del fallo de la Sentencia (SSTC 153/1992, de 3 de mayo, FJ 4, y 91/1993, de 15 de marzo, FJ 3), cabría estimar que tal Ley sería contraria al art. 24.1 en relación con los arts. 117.3 y 118 CE, al faltar la debida proporción entre la finalidad perseguida y el sacrificio impuesto (STC 4/1988, de 21 de enero, FJ 5)» (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 11)”. Y concluye: “Ya hemos constatado que, aun cuando la Ley 5/2010 pueda encontrar justificación en una razón atendible, impone un sacrificio desproporcionado de los intereses en juego expresados en el pronunciamiento judicial que hace que el legislador haya superado los límites constitucionales que debe siempre respetar. En particular porque tales supuestos han de ser objeto de un escrutinio especialmente riguroso asentado sobre la interpretación más favorable al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes como parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que se traduce en la «garantía de que el fallo se cumpla, impidiendo que las Sentencias y los derechos en ellas reconocidos se conviertan en meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna» (por todas, STC 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6, y las numerosas resoluciones allí citadas)”.

Y en la Sentencia TC 159/2021, de 16 de septiembre, mantiene la doctrina anterior: “La STC 42/2018, de 26 de abril, FJ 2, recogiendo pronunciamientos anteriores (SSTC 48/2005, de 3 de marzo; 129/2013, de 4 de junio; 203/2013, de 5 de diciembre; 50/2015, de 5 de marzo; 170/2016, de 6 de octubre, y 152/2017, de 21 de diciembre), sintetiza la doctrina constitucional sobre la ley singular distinguiendo dentro de estas: (i) por una parte las leyes no autoaplicativas, que a su vez se distinguen en las de destinatario único o de estructura singular en atención a los destinatarios a los que va dirigida; y las dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto, esto es, a una situación singular o excepcional; (ii) y por otra, las leyes autoaplicativas. Refiriéndose a estas últimas, que son en las que sustenta su argumentación de inconstitucionalidad el órgano judicial, las citadas sentencias indican que “las leyes autoaplicativas entendidas como ‘las leyes que contienen una actividad, típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto’ (STC 2023/2013, FJ 3, por referencia a los supuestos contemplados en las SSTC 48/2005, de 3 de marzo, sobre la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias, y 129/2013, sobre el ‘caso Santovenia de Pisuergra’); o también como ‘aquellas que no requieren del dictado de un acto administrativo de aplicación’, por lo que los interesados ‘solo pueden solicitar del Juez el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional’ [STC 129/2013, FJ 6 a)]” (STC

152/2017, FJ 3)”. Dicho lo cual, añade: “El canon de constitucionalidad aplicable a este tipo de leyes es el elaborado en la STC 129/2013, (FJ 4), y sistematizado en la STC 231/2015, (FJ 3). En dichas sentencias afirmamos que ‘las leyes singulares no constituyen un ejercicio normal de la potestad legislativa’ y, en consecuencia, ‘están sujetas a una serie de límites contenidos en la propia Constitución’, entre los que se encuentran el principio de igualdad; su restricción ‘a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios’; así como ‘la prohibición de condicionamiento del ejercicio de los derechos fundamentales, materia reservada a leyes generales’. Además, las leyes autoaplicativas, expropiatorias o no, ‘deben confrontarse con la garantía de la tutela judicial establecida en el artículo 24.1 CE, pues aunque las leyes autoaplicativas expropiatorias ostentan la peculiaridad de ir dirigidas directamente a la privación de un derecho constitucional, las autoaplicativas no expropiatorias son también susceptibles de lesionar derechos e intereses legítimos. En consecuencia, como el artículo 24.1 CE protege todos los derechos e intereses legítimos que reconoce el ordenamiento jurídico y no solo aquellos expresamente consagrados por la Constitución, el canon de constitucionalidad del artículo 24.1 CE debe necesariamente operar cuando la **ley singular** que encierra una actividad materialmente administrativa de aplicación de la norma al caso concreto, afecte a los derechos o intereses legítimos a los que el precepto constitucional antes citado presta cobertura (STC 129/2013, FJ 4)’ (STC 213/2015, FJ 3)” (STC 152/2017, FJ 3).

El planteamiento, por lo demás, ha alcanzado ya un ámbito más general, en la medida en que el mismo se ha suscitado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la perspectiva del derecho que recoge el artículo 6.1 del Convenio; en la Sentencia de 28 de octubre de 1999 (Zielinski y otros/Francia) ha subrayado que el principio de la preeminencia del proceso -judicial- y la noción de proceso equitativo (consagrados en el citado precepto) se oponen, salvo por imperiosos motivos de interés general, a la intromisión del poder legislativo en la administración de justicia con el fin de influir sobre el pronunciamiento judicial; declaración que presenta una trascendencia inequívoca para la ordenación interna de las relaciones entre el Poder Judicial y el Legislador⁴.

3. LAS DETERMINACIONES DE LA LEY ORGÁNICA DE AMNISTÍA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: Análisis Crítico.

4 La doctrina del TEDH a la que se alude en el texto, que contaba con antecedentes significativos en su jurisprudencia (de los que ha dado cuenta A. Díaz-Romeral, “Las validaciones legislativas en Derecho francés. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia”, en RAP nº 149, mayo-agosto 1999), ha suscitado algunas fricciones con el sistema francés de validaciones legislativas (que ha expuesto con detalle B. Mathieu, “Les “validations” législatives”, *Economica* 1987) desde la perspectiva de la posición que corresponde al Consejo Constitucional (sobre ello, más recientemente, B. Mathieu, “Les validations législatives devant le juge de Strasbourg: une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l’avenir de la juridiction constitutionnelle. A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l’homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425-DC”, en RFDA nº 2/2000, marzo-abril, pp. 289 y ss.).

A) En general.

Resulta ya preciso analizar la Ley Orgánica desde la perspectiva de la obligación constitucional de ejecutar las sentencias, siempre y exclusivamente conforme a los criterios de la técnica jurídica, ya que la finalidad a la que se endereza, en parte, es a dejar sin efecto las sentencias firmes a las que se refiere e incluye en su ámbito de aplicación y que son destinatarias de sus efectos o consecuencias. Queda, por ello, al margen de estas consideraciones las demás determinaciones de la Ley Orgánica, en particular sobre sus efectos sobre procedimientos en tramitación o sobre sentencias no firmes⁵.

La instrumentación de la amnistía, en lo que afecta a su aplicación a las sentencias firmes (conforme a lo indicado al delimitar el objeto de este trabajo) debe ser sometida, incluso -en su caso- con adaptaciones en razón de las peculiaridades del denominado derecho de gracia, a los mismos parámetros de validez constitucional establecidos con carácter general por el Tribunal Constitucional, ya que no puede considerarse que se trate de un ámbito con reglas propias que afectan a otros derechos y principios constitucionales, de las que se desvincula y que le resultan ajenos, como si se tratase de un solitario islote en el océano constitucional, precisamente porque sus determinaciones, desde luego en el concreto ámbito ya identificado, afectan de lleno a la regulación contenida en los artículos 118 y 24 CE. De la jurisprudencia constitucional resulta, igualmente, la necesidad de interpretar y aplicar de forma coherente, sistemática y armónica las diferentes determinaciones constitucionales, evitando que se considere alguna de ellas de forma aislada, independiente y no integrada en el resto de la estructura y sistema constitucional. En estos términos debe interpretarse, en mi criterio, el artículo 18.3 LOPJ, en el que, tras subrayar la obligación de cumplir y ejecutar las sentencias firmes, como ya nos consta, se indica que “lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio del derecho de gracia, cuyo ejercicio, de acuerdo con la Constitución y las leyes, corresponde al Rey”. La cláusula “sin perjuicio de” requiere de una interpretación contextual y sistemática, como enseña la jurisprudencia constitucional en materia de distribución territorial del poder en el orden constitucional, que excluye la hipotética posibilidad de entender que se trate de un entorno individualizado y ajeno a las demás previsiones constitucionales. Las determinaciones que incorpora la Constitución lo subrayan: cuando se considera que existen riesgos o límites inmediatos, se establecen; así, para preservar su regulación, el artículo 87.3 impone que no procede la iniciativa popular (y por ello, sienta un mandato a la ley orgánica a la que se encomienda su regulación) “en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia”; por su parte, en el artículo 102.3 (en

⁵ Ha aludido a la obligación constitucional del artículo 118 CE en relación con la proposición de ley de amnistía V. Conde Martín de Hijas, “Una amnistía claramente inconstitucional” (Diario El Mundo, 8 de enero de 2024). Son de interés desde otras perspectivas a la empleada en este trabajo las aportaciones de M. Aragón, “Los problemas constitucionales de la proposición de ley de amnistía”; P. Cruz, “Primeras consideraciones sobre el control de la constitucionalidad de la Ley de Amnistía”; L. Martín Rebollo, “Amnistías, amnistía y Constitución (sobre la reciente proposición de ley de amnistía)”; y J.J. Solozábal, “El Tribunal Constitucional ante la Ley de amnistía”, todos en el número 108-109 (diciembre 2023-enero 2024) de El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho.

el que se regula la responsabilidad penal del Presidente del Gobierno y de los Ministros: “La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo” -apartado 1-; “Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo” -apartado 2-) se declara que “La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo”. Pero en su regulación general (la que se incluye en el artículo 62, conforme al cual “Corresponde al Rey:../..i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales”) se encomienda al legislador el desarrollo, regulación o delimitación del mismo; y la ley que lo regule debe, con sus peculiaridades y respetando la naturaleza y significación, incorporar en la delimitación del denominado derecho una ponderación adecuada de los demás bienes, derechos, instituciones o intereses dignos de protección constitucional, ya que, como es un lugar común en la jurisprudencia constitucional, no existen derechos absolutos o de alcance ilimitado. Si bien se mira, es lo que hace, en una interpretación conforme a la Constitución, la vigente Ley de 18 de junio de 1879- modificada por Ley 1/1998, de 14 de enero, y por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo- “estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto”, en la que se subraya y da protagonismo a los propios órganos del Poder Judicial en la toma de la decisión concreta: se refiere sólo a la remisión -total o parcial- de la pena, de forma que el juicio sobre la existencia del delito y la correspondiente declaración judicial queda excluido, lo que refleja una cierta ponderación sobre la afectación de la medida a la sentencia y por ende a su ejecución; pero además se especifica que “el indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador” (artículo 11) y, con respecto a todas las solicitudes, se establece que “Las solicitudes de indulto, incluso las que directamente se presentaren al Ministro de Justicia, se remitirán a informe del Tribunal sentenciador” (artículo 23, con el contenido que detalla el artículo 25, y con la excepción prevista en el artículo 29), añadiendo que puede proponerse por los órganos judiciales (artículo 27).

Efectuada esta inicial constatación, debe añadirse inmediatamente después que la amnistía (la determinación de si tiene o no cabida en el ordenamiento constitucional, suscitada en diferentes medios, no será objeto de análisis en este trabajo) no encuentra regulación en la citada Ley ni en ninguna otra, de forma que no contamos con delimitación general del mismo. Lo que subraya la naturaleza de ley singular de la Ley Orgánica, y por ello la necesidad de aplicar la doctrina jurisprudencial, que he citado previamente, que debe respetar y ponderar los principios y reglas constitucionales que ya he identificado.

B) Las consideraciones empleadas en la Ley Orgánica para justificar la medida pretendida: un análisis crítico.

a) La primera línea de argumentación se refiere a una conceptualización o delimitación de la amnistía. Desde esta perspectiva, la Exposición de Motivos considera que “toda amnistía se

concibe como una figura jurídica dirigida a excepcionar la aplicación de normas plenamente vigentes, cuando los actos que hayan sido declarados o estén tipificados como delito o determinantes de cualquier otro tipo de responsabilidad se han producido en un contexto concreto”.

Destacan dos consideraciones en este párrafo inicial. Por un lado, que reconoce que la amnistía se dirige a excepcionar la aplicación de normas, pero no alude a la eventual posibilidad de excepcionar la aplicación de sentencias firmes. Por otro lado, una cierta vacuidad en la definición, ya que todos los actos determinantes de responsabilidad se producen “en un contexto concreto”.

b) Se trata -dice- de una “facultad legislativa” que se configura como “un medio adecuado para abordar circunstancias políticas excepcionales que, en el seno de un Estado de derecho, persigue la consecución de un interés general, como puede ser la necesidad de superar y encauzar conflictos políticos y sociales arraigados, en la búsqueda de la mejora de la convivencia y la cohesión social, así como de una integración de las diversas sensibilidades políticas”.

La descripción que efectúa refleja de nuevo la condición de ley singular de la Ley Orgánica aprobada, ya que la misma aparentemente sólo alcanza a un supuesto concreto, a cuya eventual resolución pretende contribuir mediante una previa declaración y en una tarea de calificación que, con independencia de la existencia de posturas o interpretaciones discrepantes, parte de una omisión relevante: considera que es un instrumento apto para resolver conflictos políticos y sociales, como si se tratase de una regulación general, pero sin integrar en el relato la existencia de resoluciones judiciales firmes que han considerado que alguno de los hechos a los que se refiere poseen una calificación jurídica diferente al conflicto político y social para integrarse en otros ámbitos de reproche jurídico. La propia calificación que efectúa la Ley Orgánica, como delimitadora de su justificación, suscita una inicial consideración sobre la adecuación con la regulación de la ejecución de sentencias firmes. La cuestión es relevante, ya que, como la propia Ley Orgánica específica, se integra en el seno de un Estado de Derecho, que se caracteriza, al menos, por proteger la separación de poderes, subrayando la independencia del Poder Judicial, y la tutela y protección de los derechos, y de forma reforzada los derechos fundamentales ⁶.

⁶ La referencia ha adquirido relevancia en el entorno de la Unión Europea, que ha decidido tomar partido decididamente por la protección de la cláusula de Estado de Derecho en su ámbito de regulación. Lo ha hecho de forma más relevante e inmediata en el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. Algunas de sus consideraciones reflejan este protagonismo: “En sus conclusiones de 21 de julio de 2020, el Consejo Europeo declaró que los intereses financieros de la Unión se han de proteger de conformidad con los principios generales asentados en los Tratados, en particular los valores establecidos en el artículo 2 del TUE. Asimismo, subrayó la importancia de proteger los intereses financieros de la Unión y destacó la importancia de respetar el Estado de Derecho” (considerando 2); “El Estado de Derecho requiere

que todos los poderes públicos actúen dentro de los límites establecidos por la ley, de conformidad con los valores de la democracia y del respeto de los derechos fundamentales establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea...” (considerando 3); “Una vez que un país candidato se convierte en Estado miembro, se integra en una construcción jurídica que se basa en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica. La legislación y las prácticas de los Estados miembros deben seguir respetando los valores comunes en los que se fundamenta la Unión” (considerando 5). Se incluye una consideración específica a la cuestión a la que se alude en el texto: “La independencia y la imparcialidad de los jueces siempre deben estar garantizadas y los servicios encargados de la investigación y del ejercicio de la acción penal deben poder desempeñar adecuadamente sus funciones. Los jueces y los servicios encargados de la investigación y del ejercicio de la acción penal deben tener a su disposición los recursos financieros y humanos suficientes y los procedimientos que les permitan actuar de manera eficaz y en pleno respeto del derecho a un juicio justo e imparcial, incluido el respeto de los derechos de defensa. Las sentencias firmes deben ejecutarse de forma efectiva. Estas condiciones son necesarias como garantía mínima frente a decisiones ilícitas y arbitrarias de las autoridades públicas que podrían perjudicar a los intereses financieros de la Unión” (considerando 9). Todo ello tiene reflejo en su articulado; así, se incorpora una definición, a los efectos del propio Reglamento, de «Estado de Derecho» como “el valor de la Unión consagrado en el artículo 2 del TUE. Comprende los principios de legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas; de seguridad jurídica; de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; de tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, también en lo que respecta a los derechos fundamentales; de separación de poderes, y de no discriminación e igualdad ante la ley. El Estado de Derecho se entenderá habida cuenta de los demás valores y principios de la Unión consagrados en el artículo 2 del TUE” (artículo 2.a); “El presente Reglamento establece las disposiciones necesarias para la protección del presupuesto de la Unión en caso de vulneración de los principios del Estado de Derecho en los Estados miembros” (artículo 1); y especifica que “se podrá considerar indicio de vulneración de los principios del Estado de Derecho lo siguiente”, destacando a nuestros efectos, de entre los tres supuestos especificados, “limitar la disponibilidad y eficacia de las vías de recurso judicial, a través, entre otros medios, de normas procesales restrictivas y de la no ejecución de las resoluciones judiciales, o limitar la investigación, la persecución o sanción efectivos de las infracciones del Derecho”. El Reglamento contempla que “Se adoptarán medidas adecuadas cuando se determine de conformidad con el artículo 6 que una vulneración de los principios del Estado de Derecho en un Estado miembro afecta o amenaza con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo” (artículo 4.1). Podría añadirse el Reglamento (UE) 2021/947, del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de junio de 2021, por el que se establece el Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional. Su considerando 28 indica: “La política europea de vecindad tiene como objetivo la consolidación de la democracia, la promoción de los derechos humanos y la defensa del Estado de Derecho, la estabilización de los países vecinos y el refuerzo de la resiliencia de estos, en particular fomentando las reformas políticas, económicas y sociales, en tanto que principales prioridades políticas de la Unión. Con miras a lograr su objetivo, la política europea de vecindad, que ha sido revisada en 2015, se centra en los ámbitos prioritarios siguientes: el buena gobernanza, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, prestando especial atención a fomentar la participación de la sociedad civil; el desarrollo socioeconómico, en particular la lucha contra el desempleo juvenil, así como la educación, la sostenibilidad medioambiental y la mejora de la conectividad; la seguridad; y la migración y la movilidad, incluida la lucha contra las causas profundas de la migración irregular y los desplazamientos forzados. La diferenciación y una mayor asunción común, en especial aplicando un enfoque basado en incentivos que respondan al rendimiento en ámbitos clave, son el sello distintivo de la política europea de vecindad, que reconoce diferentes niveles de compromiso y refleja los intereses de cada país sobre la naturaleza y enfoque de su colaboración con la Unión. El Instrumento debe apoyar la aplicación de los acuerdos de asociación, colaboración y cooperación, de los programas y prioridades

c) La exposición de motivos añade, seguidamente, que la amnistía es “una institución que articula una decisión política mediante una ley aprobada por el Parlamento como expresión del papel otorgado por la Constitución a las Cortes Generales, que se erigen como el órgano encargado de representar a la soberanía popular en los poderes constituidos y configurar libremente la voluntad general a través del ejercicio de la potestad legislativa, por los cauces preestablecidos”. Una formulación que no puede perder de vista que el ejercicio de la potestad legislativa se encuentra necesariamente dentro de la Constitución, y que, aunque goza evidentemente de un amplio margen de discrecionalidad, no puede considerarse, constitucionalmente, enteramente libre (por ejemplo, ni siquiera el legislador puede, al desarrollar los derechos fundamentales, afectar al contenido esencial -cfr. art. 53-); igualmente, que es preciso, necesariamente, respetar las exigencias que derivan del principio de separación de poderes. Que es la cuestión más relevante que suscita la promulgación de la Ley Orgánica de amnistía, en particular en lo que afecta a las sentencias firmes. Sobre ello

de asociación acordados conjuntamente, y de otros documentos pertinentes, actuales y futuros, acordados conjuntamente con los países en el ámbito de la vecindad. Debe aumentarse la visibilidad de la ayuda de la Unión en el ámbito de la vecindad”

Conforme al primero de los Reglamentos citados se posibilita actuar cuando se produce una vulneración de los principios del Estado de Derecho en un Estado miembro que afecte o amenace con afectar gravemente la buena gestión financiera; el segundo sugiere que los instrumentos de financiación que contempla se pueden condicionar no sólo al respeto sino al fomento y mejora de los principios del Estado de Derecho. La diferencia es relevante porque en un caso se habilita la reacción de la Unión por el incumplimiento de criterios definidos en el Reglamento, y en el otro se posibilita la actuación de la Unión para fomentar y mejorar las condiciones del Estado de Derecho en un Estado miembro. En este último caso podría considerarse que, además de los medios de reacción previstos en el ordenamiento de la Unión para reaccionar frente al incumplimiento, tendría cabida la instrumentación del recurso por omisión, como medio de reacción frente a omisiones imputables a un Estado miembro; lo que podría tener relevancia desde la perspectiva de la legitimación, una vez que el Tribunal de Justicia reconoció la legitimación de sujetos particulares para su instrumentación o ejercicio (cfr. la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998 -Gestevisión Telecinco vs. Comisión, “que tiene por objeto, con carácter principal, un recurso basado en el artículo 175 del Tratado CE en el que solicita que se declare que la Comisión ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dicho Tratado, en primer lugar al abstenerse de adoptar decisión alguna sobre las denuncias formuladas por la demandante contra el Reino de España por infracción del artículo 92 del Tratado CE, y en segundo lugar al no incoar el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 93 de dicho Tratado y, con carácter subsidiario, un recurso basado en el artículo 173 del citado Tratado CE en el que se solicita la anulación de la decisión de la Comisión pretendidamente contenida en una carta de 20 de febrero de 1996”; en la Sentencia se cita como precedente la sentencia de 26 de noviembre de 1996, T. Port (C-68/95, en la que “el Tribunal de Justicia precisó que, al igual que el párrafo cuarto del artículo 173 del Tratado permite a los particulares interponer un recurso de anulación contra un acto de una Institución del que no sean destinatarios, siempre que dicho acto los afecte directa e individualmente, debe interpretarse que el párrafo tercero del artículo 175 les otorga igualmente la facultad de interponer un recurso por omisión contra una Institución que no hubiese adoptado un acto que los afectase del mismo modo”. En el caso, declaró que “la demandante ha actuado con arreglo a Derecho al someter el asunto al Juez comunitario, que a diferencia del Juez nacional es el único competente para declarar, en su caso, que la Comisión ha incurrido en una violación del Tratado al abstenerse de incoar el procedimiento del apartado 2 del artículo 93 del Tratado, incoación que constituye un requisito previo necesario para la adopción de una decisión final que afectará directa e individualmente a la demandante, como por ejemplo una decisión que declare compatible con el mercado común una ayuda cuya calificación planteaba hasta ese momento serias dificultades”).

volveré más adelante con motivo de otra declaración contenida en la Exposición de Motivos sobre esta cuestión.

d) En respaldo de su planteamiento, la Ley Orgánica argumenta sobre la admisibilidad y validez constitucional de la amnistía, aludiendo a que se encuentra contemplada en normas supranacionales, internacionales e internas. Realmente la determinación de la compatibilidad o adecuación constitucional de la amnistía, en lo que se refiere a los efectos sobre la ejecución de sentencias firmes, no ha sido objeto de análisis sustantivo en la Ley Orgánica. Las referencias que efectúa a otras normas anteriores (sostiene que la amnistía se ha utilizado en numerosas ocasiones en nuestra tradición jurídica) no presentan el necesario grado de fundamentación y convicción en Derecho: cita, tras el artículo 666.4.^a del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya promulgación se sitúa en unas coordenadas de la ordenación del Poder notablemente diferentes a las propias del orden constitucional vigente, como el precedente más importante la Ley de Amnistía de 1977, aunque es obvio que se trata de una ley preconstitucional, dictada cuando no estaban vigentes las reglas y principios constitucionales a los que vengo aludiendo, en particular en lo que se refiere a la ejecución de sentencias; las referencias al mismo texto (“La responsabilidad disciplinaria se extingue con el cumplimiento de la sanción, muerte, prescripción de la falta o de la sanción, indulto y amnistía”) contenido en cinco normas reglamentarias (artículo 16 del Real Decreto 796/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia; artículo 88 del Real Decreto 2003/1986, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Cuerpos Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia; artículo 108 del Real Decreto 429/1988, de 29 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales; artículo 163 del Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, que deroga al anterior; y artículo 19 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado) y las semejantes normas reglamentarias autonómicas que cita, tampoco presentan la menor entidad a estos efectos, no sólo por su rango reglamentario, cuya validez sólo permite reflejar una regulación de tal importancia si estuviese prevista en una norma con rango suficiente para hacerlo, que la Ley Orgánica no encuentra ni puede identificar, sino además porque son mera reiteración de una previsión cuya justificación constitucional no se identifica.

La consideración según la cual “Parece razonable entender que el constituyente de 1978 no prohibió la institución de la amnistía porque, entre otras razones, ello hubiera implicado la derogación del ya mencionado Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio, y la Ley 46/1977, de 15 de octubre, que constituyeron el punto de partida del pacto constitucional y sin las cuales no hubiera sido posible la Transición Democrática ni el amplio consenso parlamentario y social que avalaron e hicieron posible que la Constitución española de 1978 viera la luz” (añadiendo que la jurisprudencia ha declarado que la Ley de 1977 está vigente) tampoco resulta convincente a los efectos de justificar la existencia de una afectación tan intensa a

la ejecución de sentencias. No consta -salvo error por mi parte- consideración alguna en tal sentido en los trabajos preparatorios de la Constitución, ni el argumento presenta entidad relevante alguna (no puede convenirse en que lo que no contempla la Constitución, o incluso lo que prohíbe, deba necesariamente determinar la anulación de los actos o efectos producidos con anterioridad, que es lo que plantea el argumento al que me refiero, porque los efectos de la Ley de 1977 se agotaron definitivamente en su día: la Constitución prohíbe los tribunales de honor en el ámbito de la Administración -artículo 26-, las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar -artículo 22.5-, los tribunales de excepción -artículo 117.6- y no por ello los efectos producidos con anterioridad en tales supuestos han quedado sin efecto).

e) En cuanto a la fundamentación material o de fondo, las consideraciones se desarrollan en torno a los hechos vinculados con la consulta celebrada en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el referéndum de 1 de octubre de 2014, ambos declarados inconstitucionales, y que se refieren al denominado proceso independentista; a tal efecto, los argumentos centrales son: “toca establecer las bases para garantizar la convivencia de cara al futuro”; las Cortes, al asumir “esta decisión de política legislativa, no sólo no invaden otros espacios, sino que ./... asumen la mejor vía de las posibles para abordar, desde la política, un conflicto político”; es una herramienta que fortalece el marco legal “y mira hacia el futuro, devolviendo al debate parlamentario las divisiones que siguen tensando las costuras de la sociedad, mediante una renuncia al ejercicio del ius puniendi por razones de utilidad social que se fundamenta en la consecución de un interés superior: la convivencia democrática”; “los instrumentos con los que cuenta un Estado de Derecho no son, ni deben ser, inamovibles; toda vez que es el Derecho el que está al servicio de la sociedad y no al contrario, y que por tanto este debe tener la capacidad de actualizarse adaptándose al contexto en cada momento”. Más adelante se añade que en su condición de representante de la soberanía nacional, las Cortes Generales se hallan legitimadas para tipificar y destipificar una determinada conducta (“Todo ello nos permite inferir que la amnistía, lejos de ser una figura inconstitucional, forma parte del pacto fundacional de la democracia española y se presenta como una facultad de las Cortes Generales, en las que está representado todo el pueblo español, titular de la soberanía nacional”) y por ello “se le reconoce, en lógica consecuencia, la facultad de amnistiar esos mismos hechos sin otros límites que los que directamente dimanen de la Constitución”, y que “la amnistía no afecta al principio de separación de poderes ni a la exclusividad de la jurisdicción previsto en el artículo 117 de la Constitución” porque “como reza su propio texto, el Poder Judicial está sometido al imperio de la ley y es precisamente una ley con valor de orgánica la que, dentro de los parámetros antes expuestos, prevé los supuestos de exención de responsabilidad”, que los órganos del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas y las Administraciones deben aplicar a cada caso concreto.

Sobre el argumentario que ensaya la Ley Orgánica es preciso reflejar, únicamente en relación a la concreta cuestión a la que se refiere este análisis, seis consideraciones objetivas y de necesaria constatación para situar correctamente los términos del asunto: 1) se indica que asume la mejor vía de las posibles para abordar, desde la política, un conflicto político, pero

no refleja las demás vías eventualmente posibles que permita comparar y valorar la condición de mejor, en particular en lo que afecta a la ejecución de sentencias firmes; 2) la devolución al debate parlamentario a que alude, mediante la renuncia al ejercicio del *ius puniendi*, no comprende los supuestos en los que existe sentencia firme, porque no puede producirse la renuncia al ejercicio de una potestad, en nuestro caso jurisdiccional, ya ejercida, concretada en la sentencia y agotada en su ejercicio en el caso concreto; 3) afirma con rotundidad que es el Derecho el que está al servicio de la sociedad y no al contrario; pero es obligado subrayar que es el Derecho, no una parte del mismo, o, dicho en otros términos, es imprescindible respetar las reglas del Derecho para efectuar modificaciones o nuevas regulaciones de reglas de Derecho; 4) sostiene que, como las Cortes pueden tipificar y destipificar, también pueden amnistiar; pero esta pretendida relación de continuidad no puede sostenerse como si fuese una consecuencia evidente de lo anterior, al menos porque la amnistía (manejo a efectos dialécticos su validez o admisibilidad constitucional, cuestión que desborda el objeto de este trabajo, ya delimitado con anterioridad) no ha sido objeto de regulación general, en la que debería establecerse su delimitación, requisitos, alcance y límites, en su caso, y en cualquier caso, más aún si se trata de una ley singular, debe observar y dar cumplimiento a las reglas constitucionales, en lo que nos afecta, sobre la ejecución de sentencias firmes. 5) la calificación de la amnistía como integrante de un “pacto fundacional de la democracia española” a los efectos de sostener la validez de la figura de la amnistía y la corrección jurídica de la concreta Ley Orgánica, presenta en mi criterio algunas dificultades de justificación y de capacidad de convicción. La amnistía de 1977, claro exponente del denominado “espíritu de la transición”, constituyó un elemento imprescindible para posibilitar el tránsito de un sistema político autoritario a un modelo democrático, esto es, un puente que permitía salir de una situación dictatorial existente -no será preciso recordar la concurrencia de muy diversos riesgos y amenazas, destacadamente los que pretendían perpetuar el régimen, las dificultades objetivas de la transición, que precisó dos años desde la muerte del dictador hasta que se comenzó a materializar la voluntad política de modificar sustancialmente el régimen político, y que se produjo como consecuencia de una voluntad de cambio cierta y una habilidosa técnica de regulación de la transición, de desactivación y desmantelamiento desde dentro- hacia un sistema democrático. Por lo tanto, nos sitúa en el engarce entre un fin de modelo y la creación de uno muy distinto. Sin duda fue imprescindible la amnistía de 1977. Pero presenta notables diferencias con la Ley Orgánica que nos ocupa, en particular porque la promulgación de esta se produce dentro del modelo democrático existente. Por otro lado, no puede sostenerse que la institución de la amnistía -en general o en abstracto- se incluya en el denominado “pacto fundacional” del régimen de la Constitución de 1978, al menos si se constata que los elementos relevantes o determinantes fueron tomados en consideración e incorporados en el texto constitucional, y la amnistía no se incluye entre ellos de forma expresa. En fin, no guarda relación coherente en términos de adecuación el intento -dialéctico- de proyectar la significación y fundamento de una decisión relevante para un cambio de modelo (adoptada para provocar la ruptura con el modelo anterior y la transición al nuevo, en construcción) sobre una decisión que se adopta en el seno de un modelo constitucional no cuestionado ni del que se pretende separarse, que no cuenta con el sentir unánime de la ciudadanía y que

pretende revisar por opciones políticas resoluciones judiciales firmes dictadas con todas las garantías del ordenamiento constitucional, que se pretende seguir manteniendo incólume. La ley de amnistía de 1977, adoptada en un contexto preconstitucional para abrir un orden constitucional, no es equivalente ni presenta la misma fundamentación que la Ley Orgánica de 2024. Y 6) La Ley Orgánica afirma que la decisión que incorpora no afecta a la separación de poderes ni a la exclusividad de la jurisdicción, que constituye la cuestión central a nuestros efectos. Indica que no se afecta porque “el Poder Judicial está sometido al imperio de la ley y es precisamente una ley con valor de orgánica la que, dentro de los parámetros antes expuestos, prevé los supuestos de exención de la responsabilidad” que los órganos de la Jurisdicción (así como el Tribunal de Cuentas y las autoridades administrativas) deben ejecutar y aplicar. Es evidente que los órganos del Poder Judicial, constitucionalmente, juzgan y hacen ejecutar lo juzgado, y para ello interpretan y aplican las normas con rango de ley (los desarrollos más precisos sobre la vinculación con la ley y la obligación de aplicarla, frente a lo que sucede con los reglamentos que pueden inaplicar, salvo que planteen cuestión de inconstitucionalidad, y las singularidades derivadas del supuesto de contradicción de la ley con el Derecho de la Unión Europea, que les permite inaplicarlas, no precisan de mayores desarrollos en este momento). Pero lo que plantea la Ley Orgánica de amnistía no es tal cosa, sino otra bien distinta, que la Exposición de Motivos orilla o difumina. No se trata de analizar si el Juez debe aplicar o no una ley, abstracta, sino de determinar la validez constitucional de una ley singular que se dirige derechamente a impedir la ejecución o el cumplimiento de sentencias firmes, que es una operación que debe efectuarse conforme a los criterios de la jurisprudencia constitucional. En síntesis, para que una ley pueda producir el efecto de imposibilitar la ejecución de una sentencia debe incorporar una regulación general válida que, necesariamente aunque de forma indirecta, afecta a la ejecución de la sentencia; por el contrario, la ley que se dirige derechamente a impedir la ejecución de una sentencia firme es contraria a los artículos 118 y 24.1 CE. Precisamente porque la separación de poderes no permite que el legislador deje sin efecto o corrija sentencias judiciales ni impida por su desacuerdo con las mismas la ejecución de las sentencias firmes. Así, el legislador puede modificar la tipificación de infracciones -penales o administrativas- despenalizando o agravando, en función de las necesidades o conveniencias sociales o políticas, la regulación existente; pero una cosa es modificar la regulación existente de forma general, y otra pretender dejar sin efecto una sentencia que aplica una regulación a un caso concreto. Igualmente, en el supuesto indicado, la modificación operada por el legislador no es enteramente libre, ya que encuentra limitaciones conocidas: si la modificación agrava la regulación, choca con el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos desfavorables; si es más favorable, reclama su aplicación pero en ningún caso sobre las sanciones ya cumplidas o firmes.

Sin perjuicio de estas constataciones, la validez constitucional de la Ley Orgánica, desde la perspectiva indicada (ejecución de sentencias firmes) y de la condición de aquella de ley singular, exige tomar en consideración y aplicar los criterios jurisprudenciales a los que ya he aludido, que no pueden excluirse en el caso. Lo que exige determinar si la reclamada resolución del autodenominado conflicto político mediante la amnistía constituye una medida

de regulación adecuada, justificada y proporcionada a la decisión de aplicar la amnistía proyectada a las sentencias judiciales firmes, lo que exige una tarea de valoración objetiva, de ponderación de bienes, derechos e intereses concurrentes y de análisis en términos de proporcionalidad, conforme al canon de enjuiciamiento que ha sentado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La Ley Orgánica, que reclama para sí su condición de ley singular, no ha analizado, y ni siquiera ha identificado, la relevancia y significación del régimen constitucional de la ejecución de sentencias firmes, de forma que no ha podido valorar ni ponderar si la amnistía proyectada es admisible, adecuada o proporcionada; las referencias que efectúa a la actuación judicial producida no se refieren a esta cuestión, sino a las ya indicadas, cuando resultaba preciso para poder incorporar los pretendidos efectos sobre las sentencias firmes. Más aún cuando refleja que conoce la existencia de esta circunstancia, tanto que la incorpora como límite a los efectos sobre la responsabilidad civil y contable en el artículo 8.1 (“...salvo aquellas que ya hubieran sido declaradas en virtud de sentencia o resolución administrativa firme y ejecutada”), sin que se alcance a comprender la razón que, eventualmente, justificaría que se incluyese en los artículos 11.5 y 12.4 que la amnistía despliega efectos sobre las sentencias firmes.

C) La pretendida imposición de la revisión de sentencias firmes: su imposibilidad legal y la improcedencia como equivalente a la inejecución de sentencias firmes.

a) La Ley Orgánica, como ya se ha indicado, establece que el cumplimiento de la amnistía que incorpora, exige o impone que los órganos judiciales revisen las sentencias firmes penales (artículo 11.5) y, en el mismo sentido (artículo 12.4) que “si al tiempo en que hubiera de aplicarse la amnistía hubiera recaído sentencia firme, se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 102 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. Esto es, que los efectos de la amnistía consisten, en relación a las sentencias firmes, es su revisión, con lo que se pretende la revocación de la sentencia y en definitiva su anulación.

b) La finalidad realmente perseguida, en lo que se refiere a las sentencias firmes ya producidas, es su anulación como instrumento para la extinción de cualquier tipo de resolución. Por lo tanto, no sólo su inejecución -que también- sino además su revocación. Como se ha razonado precedentemente, la inejecución de sentencias firmes no resulta precisamente un instrumento técnico admisible constitucionalmente en el caso de la Ley Orgánica, en atención a su carácter de ley singular y a la vista de las consideraciones que se emplean en su texto, conforme a las exigencias establecidas en la jurisprudencia constitucional.

Ahora es preciso analizar la procedencia de la revisión de las sentencias firmes, penales y contencioso administrativas (se excluye en su texto la de las sentencias civiles y del Tribunal de Cuentas, como ya se ha indicado) que contempla la Ley Orgánica.

c) Inicialmente conviene reflejar la regulación vigente al efecto, que la Ley Orgánica ni siquiera ha intentado modificar para adecuar sus determinaciones (lo que plantearía a su vez, de nuevo, la validez constitucional de una ley singular).

El artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal detalla los casos que justifican la revisión de sentencias firmes: a) Cuando haya sido condenada una persona en sentencia penal firme que haya valorado como prueba un documento o testimonio declarados después falsos, la confesión del encausado arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero, siempre que tales extremos resulten declarados por sentencia firme en procedimiento penal seguido al efecto.../. b) Cuando haya recaído sentencia penal firme condenando por el delito de prevaricación a alguno de los magistrados o jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso en el que recayera la sentencia cuya revisión se pretende, sin la que el fallo hubiera sido distinto; c) Cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes; d) Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave; e) Cuando, resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal. También, como instrumento para facilitar la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por su parte, el artículo 102 LJCA establece que “habrá lugar a la revisión de una sentencia firme” en los supuestos que identifica: a) Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado; b) Si hubiere recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquélla, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después; c) Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia; d) Si se hubiere dictado sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta. También, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declare que la sentencia firme ha vulnerado algún derecho reconocido en el Convenio “siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”.

Conviene recordar que la jurisprudencia (me referiré ahora a la contencioso administrativa) “entiende que el procedimiento de revisión – antes recurso de revisión - es un remedio de carácter excepcional y extraordinario en cuanto supone desviación de las normas generales. En función de su naturaleza ha de ser objeto de una aplicación restrictiva. Además, hade circunscribirse, en cuanto a su fundamento, a los casos o motivos taxativamente señalados en la Ley pues el procedimiento de revisión debe tener un exacto encaje en alguno de los concretos casos en que se autoriza su interposición. Lo anterior exige un enjuiciamiento

inspirado en criterios rigurosos de aplicación, al suponer dicho proceso una excepción al principio de intangibilidad de la cosa juzgada. Por ello sólo es procedente cuando se den los presupuestos que la Ley de la Jurisdicción señala y se cumpla alguno de los motivos fijados en la ley. En definitiva, el procedimiento de revisión ha de basarse, para ser admisible, en alguno de los tasados motivos previstos por el legislador, a la luz de una interpretación forzosamente estricta, con proscripción de cualquier tipo de interpretación extensiva o analógica de los supuestos en los que procede, que no permite la apertura de una nueva instancia ni una nueva consideración de la litis que no tenga como soporte alguno de dichos motivos” (STS de 21 de diciembre de 2023, recurso 25/2023, que cita las sentencias de 18 de julio de 2016 -Revisión núm. 42/2015- y de 19 de diciembre de 2016 -Revisión núm. 16/2016-)

d) Esta constatación pone de manifiesto que la revisión de sentencias firmes que proclama la Ley Orgánica no puede materializarse, y por ello es de imposible cumplimiento, porque el mandato que incorpora no encuentra causa habilitante, fundamentación ni cauce procesal para su eventual materialización ni en la LECrim ni en la LJCA, que no contemplan causa semejante para la revisión de las sentencias; parece obvio que revisar una sentencia cuando no existe motivo previsto en la ley aplicable infringiría la legalidad, adentrándose su autor incluso en el campo del reproche penal.

EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO DE LAS LIQUIDACIONES FIRMES DEL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA (IIVTNU)

The change in jurisprudence on the ex officio review of final settlements of the Tax on the Increase in the Value of Urban Land.

V. Alberto García Moreno
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la
Universitat de València.

SUMARIO

I. Introducción

II. Jurisprudencia anterior. Posición del Tribunal Supremo sobre la nulidad de pleno derecho de las liquidaciones firmes.

III. El cambio de jurisprudencia

III.1. La interpretación de la doctrina del Tribunal Constitucional en la STC 108/2022 sobre los efectos temporales de la inconstitucionalidad de la STC 59/2017

III.2. Inexistencia de línea jurisprudencial la revisión de actos firmes

III.3 Distinta eficacia temporal de las sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad del impuesto municipal

IV. Nueva doctrina jurisprudencial: los artículos 39 y 40.1 LOTC como fundamento al que se refiere el apartado g) del art. 217.1 LGT para la revisión de oficio de las liquidaciones firmes.

V. La aplicación de la doctrina de la STS 339/2024 a las situaciones derivadas de la STC 59/2017

RESUMEN

Aunque el Tribunal Supremo ya se había pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión en varias sentencias, a la vista de la STC 108/2022 -en la que se analizan precisamente los efectos temporales de las sentencias del Constitucional-, se ve en la necesidad de cambiar radicalmente su jurisprudencia anterior, en el sentido de permitir que, a partir de la declaración

de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017, de 11 de mayo, se puedan revisar las liquidaciones del IIVTNU, giradas con anterioridad y que hubieran ganado firmeza en vía administrativa, a través de los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 217.1 de la LGT. Este supuesto es una muestra más de la riqueza de la polémica que ha originado la declaración de inconstitucionalidad de la determinación objetiva del incremento de valor del Impuesto municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

ABSTRACT

Although the Supreme Court had already repeatedly ruled on this issue in several judgments, in view of STC 108/2022 - which precisely analyzes the temporal effects of the Constitutional Court's judgments - it sees the need to radically change its previous jurisprudence, in the sense of allowing that, based on the declaration of unconstitutionality contained in STC 59/2017, of May 11, the final settlements of the IIVTNU, can be reviewed through the assumptions of full nullity provided for in article 217.1 of the LGT. This assumption is one more example of the richness of the controversy that has originated the declaration of unconstitutionality of the objective determination of the increase in value of the municipal tax on the increase in the value of urban land.

PALABRAS CLAVE

Ejercicio de autoridad administrativa, inspección tributaria, huida del derecho administrativo, funciones públicas reservadas, gestión indirecta.

KEYWORDS

Exercise of administrative authority, tax inspection, escape from administrative law, reserved public functions, indirect management.

I. INTRODUCCIÓN

Las declaraciones de inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana -en adelante, IIVTNU- han sido fuente de continuas polémicas, no solo por la inactividad del legislador, que ha demorado desconociendo incomprensiblemente los mandatos del Tribunal Constitucional para el “retorno” a la legalidad del gravamen, sino porque ha obligado al Tribunal Supremo a sustituir la acción normativa, efectuando loables esfuerzos interpretativos de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo -STS, en adelante-, núm. 339/2024, de 28 de febrero, rec. 199/2023, no solo representa un hito en la interpretación de los efectos temporales que cabe atribuir a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma y que motiva un cambio radical de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que viene a solventar, no sin dejar de plantear alguna duda trascendental, la problemática declaración de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones firmes en las que se había satisfecho el tributo sin la preexistencia de la situación indicativa de capacidad económica que fundamenta el impuesto.

II. JURISPRUDENCIA ANTERIOR. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LAS LIQUIDACIONES FIRMES

El Tribunal Supremo ya se había pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión en varias sentencias que representaban una línea clara y consolidada. Sin embargo, a la vista de la declaración de inconstitucionalidad que efectúa la STC 182/2021 y, sobre todo, de la STC 108/2022, en la que se analizan precisamente los efectos temporales de las sentencias del Constitucional, se ve en la necesidad de revisar y corregir la anterior que imposibilitaba que de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017, de 11 de mayo, se pudieran revisar las liquidaciones del IIVTNU, giradas con anterioridad y que hubieran ganado firmeza en vía administrativa, siendo objeto de revisión de oficio a través de los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 217.1 de la LGT. Como resultado de dicha revisión, se admitirá la nulidad de las mismas.

Concretamente, la jurisprudencia que se había consolidado y que ahora se revisa se contiene básicamente en varias sentencias de la misma Sala y Sección -de 18 de mayo de 2020¹-, en las que se fijaron unos criterios sobre la inviabilidad de la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de las liquidaciones que habían ganado firmeza y en las que no existía ganancia que someter a gravamen.

¹ SSTS de 18 de mayo de 2020, núm. 435/2020 (rec. 1665/2019 - ECLI:ES:TS:2020:973); núm. 436/2020 (rec. 2596/2019 - ECLI:ES:TS:2020:970), y núm. 454/2020 (rec. cas. 1068/2020 - ECLI:ES:TS:2020:984)

Según destacaba la STS núm. STS 436/2020, de 18 de mayo -cit-, la doctrina y criterios concretos se podía resumir de la siguiente forma:

“«[] a) En el ámbito del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, la solicitud de devolución de ingresos indebidos derivados de liquidaciones firmes como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la [sentencia del Tribunal Constitucional núm. 59/2017, de 11 de mayo](#), debe efectuarse por los cauces establecidos en el Capítulo II del Título V de la [Ley General Tributaria](#).

b) La declaración de inconstitucionalidad de los [artículos 107.1 y 107.2 a\) del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales](#) “en la medida en que (pueden) someter a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica” y del artículo 110.4 del mismo texto legal no determina que las liquidaciones firmes del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana giradas con anterioridad y que hayan ganado firmeza en vía administrativa incurran en los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en las letras a), e) f) y g) del [artículo 217.1 de la vigente Ley General Tributaria](#), pues aquellos actos tributarios (i) no han lesionado derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, toda vez que el [artículo 31.1 de la Constitución](#) (capacidad económica) -único que ha sido tenido en cuenta por el juez a quo para estimar el recurso y que ha provocado el debate procesal en esta casación- no es un derecho fundamental de esa naturaleza; (ii) no han prescindido por completo del procedimiento legalmente establecido; (iii) no han provocado que el solicitante adquiriera facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para esa adquisición y (iv) no cabe identificar una norma con rango de ley que así establezca dicha nulidad radical y, desde luego, ésta no puede ser la aducida por la parte recurrente en su demanda (el [artículo 47.2 de la Ley 39/2015](#), referida a disposiciones generales y no a actos administrativos, como la liquidación firme que nos ocupa). []» (FJ 6)².

Esta jurisprudencia consolidada, sin embargo, comenzó a ser desconocida por algunas resoluciones judiciales de distintos Tribunales Superiores de Justicia, dando lugar, a su vez, a varios recursos de casación que habían sido admitidos y que, ante la disparidad de pronunciamientos y discrepancias con dicha jurisprudencia, aconsejaron realizar un nuevo análisis para revisarla, en el sentido de admitir la revisión de oficio de las liquidaciones administrativas firmes por la vía de declararse la nulidad de pleno de derecho, al amparo de lo dispuesto en el art. 217.1 LGT, y con base en la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la STC 59/2017.

² Criterios que se han confirmado en múltiples sentencias posteriores de la misma Sala y Sección: “las sentencias de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo núm. 1190/2021, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3575); la STS núm. 33/2022, de 19 de enero (ECLI: ES:TS:2022:162); la STS núm. 71/2022, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:260); la STS núm. de 99/2022, de 31 de enero (ECLI:ES:TS:2022:493); la STS núm. 1665/2022, de 16 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4648); y la STS núm. 1159/2022, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3327).”

III. EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

La modificación de la jurisprudencia tiene tres premisas fundamentales. En primer lugar, lo que podríamos considerar como una interpretación auténtica que efectúa el propio TC acerca de su doctrina, deducida de la STC 108/2022. En segundo lugar, de la falta de claridad en la regulación de la revisión de oficio que se incluye en la Ley General Tributaria -LGT, en adelante-. Y, por último, en la variedad de los efectos temporales que, en cada caso, el TC ha otorgado a la declaración de inconstitucionalidad, que exige plantearse al menos la relación de la STC 59/2017 con la STC 182/2021.

III.1. La interpretación de la doctrina del Tribunal Constitucional en la STC 108/2022 sobre los efectos temporales de la inconstitucionalidad de la STC 59/2017

No puede desconocerse que el cambio de jurisprudencia viene motivado por la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza en la STC 108/2022, sobre los efectos temporales que deben tener sus propias sentencias cuando declaran la inconstitucionalidad de una norma, teniendo en cuenta que determinados fallos, como ocurre, por ejemplo, con la STC 59/2017, no limitaron en absoluto sus efectos, debiéndose concluir que debía atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad los efectos *ex tunc*

Repárese, como afirma el propio Tribunal Supremo, que en la referida sentencia STC 108/2022 no se está analizando por la más alta magistratura la posibilidad de revisar una liquidación administrativa firme y consentida mediante el expediente de la declaración de nulidad de pleno derecho. Pero es evidente que la opinión que vierte sobre los efectos que cabe reconocer a sus fallos -unido a las discrepancias que plantean los Tribunales-, junto al rechazo del argumento empleado por la Administración justifican la revisión de la jurisprudencia.

En particular, el Tribunal Constitucional califica de errónea la limitación de efectos de esgrimida por la sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo que se apoyaba en la STC 48/1989. Errónea porque, según destacó nuestra más Alta Magistratura en dicha STC 108/2022 -y esto es lo verdaderamente relevante-, “en el pronunciamiento de la STC 59/2017 no se limitaron en modo alguno los efectos”, lo que debe llevar a la conclusión de que “el régimen de situaciones jurídicas consolidadas no abarcaría más que a las que proclama explícitamente el artículo 40.1 LOTC, esto es a los casos resueltos por sentencias firmes con fuerza de cosa juzgada en las que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales”. Ni más ni menos.

Insistimos, en ausencia de limitación de efectos por el propio TC que dicta la resolución, las únicas situaciones que no serían susceptibles de ser revisadas serían las que se hubieran resuelto en virtud de sentencias firmes con fuerza de cosa juzgada. En consecuencia, las liquidaciones firmes y consentidas, que no han dado lugar a sentencia, es posible que pudieran revisarse al amparo de alguno de los criterios que se incluyen en el régimen de revisión de oficio que establece la normativa tributaria.

Así de categórica es la postura del TC al analizar la revisión de los actos con fundamento en la STC 59/2017, según destaca el Tribunal Supremo:

“«[___] a) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal: de acuerdo con lo dispuesto en el art. 39.1 LOTC, las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, de manera que al efecto derogatorio previsto en el art. 164.1 CE aquel precepto orgánico le añade el de la «nulidad», que se traslada también, en virtud de lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, a los actos dictados en la aplicación de los preceptos expulsados del ordenamiento, en principio, con efectos ex tunc. Esto implica la posibilidad de su revisabilidad a través de los diferentes mecanismos existentes en el ordenamiento jurídico a disposición de los obligados tributarios salvo, de un lado, que hayan sido confirmados en «procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada» siempre que no sean «penales o contencioso- administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad» (art. 40.1 LOTC); o, de otro, que este tribunal precise el sentido de su decisión limitando el alcance de aquella nulidad para dotarla exclusivamente de efectos ex nunc.

b) El alcance de la nulidad derivada de la inconstitucionalidad contenida en la STC 59/2017, de 11 de mayo: esta sentencia de este tribunal declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 107.1, 107.2 a) y 110.4 TRLHL, en la medida en que sometían a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor. Y lo hizo ex origine [FJ 5 c)], esto es, con efectos ex tunc y sin introducir limitación alguna respecto de las situaciones eventualmente consolidadas. Con ello estaba habilitando a los obligados tributarios -ex art. 40.1 LOTC- a instar la devolución de las cantidades pagadas -a través de los instrumentos legalmente previstos para la revisión de los actos de naturaleza tributaria- en los supuestos de no incremento o de decremento en el valor de los terrenos de naturaleza urbana, en los que se habría producido el gravamen de “una renta ficticia” y, por tanto, se habrían sometido a tributación “situaciones de hecho inexpressivas de capacidad económica, lo que contradice frontalmente el principio de capacidad económica que garantiza el artículo 31.1 CE” (FJ 3).

Por su parte, la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1163/2018, de 9 de julio (recurso de casación núm. 6226-2017), interpretó el alcance de la anterior declaración de inconstitucionalidad y nulidad, precisando, en lo que ahora interesa: de un lado, que “anulada y expulsada del ordenamiento jurídico la prohibición que tenían los sujetos pasivos de probar la inexistencia de los incrementos de valor [___], puede el obligado tributario demostrar que el terreno no ha experimentado un aumento de valor y, por ende, que no se ha producido el nacimiento de la obligación tributaria”, mediante “cualquier principio de prueba que, al menos indiciariamente, permita apreciarla, como es la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión que se refleja en las correspondientes escrituras

públicas”, porque precisamente “fue la diferencia entre el precio de adquisición y el de transmisión de los terrenos transmitidos la prueba tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional en la STC 59/2017 para asumir -sin oponer reparo alguno- que [] existía una minusvalía”, y, de otro, que “demostrada la inexistencia de plusvalía, no procederá la liquidación del impuesto (o, en su caso, corresponderá la anulación de la liquidación practicada o la rectificación de la autoliquidación y el reconocimiento del derecho a la devolución)” (fundamento de Derecho 5).

c) [] Cuando se declara la inconstitucionalidad y nulidad de una disposición legal, “el respeto a la Constitución debe regir en todo momento” (STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 4), “lo que presupone la existencia de cauces de revisión” para lograr eliminar, en atención a lo querido por el art. 40.1 LOTC, todo efecto de la norma declarada inconstitucional (en sentido parecido, aunque respecto de las sanciones, SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5, y 39/2011, de 31 de marzo, FJ 5). A tal fin, los medios de revisión de los actos de aplicación de los tributos legalmente previstos en nuestro ordenamiento tributario de cara a la obtención de la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas varían según se trate de autoliquidaciones (de los obligados tributarios) o de liquidaciones (de la administración tributaria): en el primer supuesto, podrá hacerse a través de los procedimientos especiales de revisión, concretamente, del de devolución de ingresos indebidos [arts. 32, 120.3 y 221.4, todos ellos de la LGT, y 14.1 a) TRL-HL], que se podrá obtener “[e]n un procedimiento de rectificación de autoliquidación a instancia del obligado tributario” [art. 15.1 e) del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, en materia de revisión en vía administrativa]; en el segundo supuesto, podrá llevarse a efecto, si los actos no fuesen firmes, mediante el recurso de reposición (art. 223.1 LGT) y la reclamación económico-administrativa (arts. 226 y 235.1 LGT), salvo en materia de tributos locales (aunque la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, previó la existencia de un órgano especializado para el conocimiento y resolución de las reclamaciones sobre actos tributarios de competencia local, solo es de aplicación a los que tengan la consideración de “municipios de gran población”); y si fuesen firmes, a través de los procedimientos especiales de revisión, concretamente, mediante la revisión de actos nulos (art. 217 LGT) o la revocación de actos anulables (art. 219 LGT). []”

La ausencia en esta cita de la STC 108/2022 de la jurisprudencia que se había fijado en las SSTS de 2020 junto al énfasis que se hace sobre la adecuada interpretación que efectúa el TS en la STS 1163/2018, de 9 de julio, es extraordinariamente reveladora de la opinión del TC sobre su inaplicabilidad al caso que se aborda, motivando que el Tribunal Supremo efectúe su revisión para ponerla en sintonía con el propio pronunciamiento del Tribunal Constitucional, por el que concluye la eficacia ex tunc de la declaración de inconstitucionalidad que se incluyó e la STC 59/2017. Así lo resume el TS:

“la STC 108/2022, de 26 de septiembre, tiene relevancia en tanto que remarca un

elemento de análisis que, por otra parte, resulta obvio, y es que la ausencia de limitación de efectos en la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la STC 59/2017 no es fruto del olvido, ni carece de significado, antes bien, que en ausencia de pronunciamiento sobre limitación de efectos debe regir, necesariamente, la regla general de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad que deriva de la Constitución y de la LOTC, regla que impone, como explica la STC 108/2022 que «[] [c]uando se declara la inconstitucionalidad y nulidad de una disposición legal, “el respeto a la Constitución debe regir en todo momento” (STC 70/2022, de 2 de junio , FJ 4), “lo que presupone la existencia de cauces de revisión” para lograr eliminar, en atención a lo querido por el art. 40.1 LOTC , todo efecto de la norma declarada inconstitucional (en sentido parecido, aunque respecto de las sanciones, SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5, y 39/2011, de 31 de marzo, FJ 5). []».

Con esta eficacia *ex tunc* habrá de analizarse el régimen de revisión de los actos firmes que se regula en el ámbito tributario, al que ya se había remitido en la jurisprudencia que se declarará superada.

III.2. Inexistencia de línea jurisprudencial la revisión de actos firmes

A juicio del Tribunal Supremo, en relación con la revisión de actos tributarios firmes y las potestades de los órganos judiciales para acordarla, no existe una línea argumental clara. Y, siendo de suyo compleja, todavía se complica cuando se trata de la firmeza de las liquidaciones tributarias del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, que ha sido objeto de varias declaraciones de inconstitucionalidad con diferentes efectos temporales.

Por un lado, puede partirse de un resumen de esa doctrina que ha reiterado el Tribunal Supremo:

“1. El procedimiento de revisión de actos nulos de pleno Derecho constituye un cauce extraordinario para, en determinados y tasados supuestos (los expresados, en relación con los actos tributarios, en el apartado 1 del artículo 217 de la Ley General Tributaria), expulsar del ordenamiento jurídico aquellas decisiones que, no obstante su firmeza, incurrir en las más groseras infracciones del ordenamiento jurídico (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018, dictada en el recurso de casación núm. 122/2016).

2. Tal procedimiento sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando ésta es vulnerada de manera radical, lo que obliga a analizar la concurrencia de aquellos motivos tasados “con talante restrictivo” (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 6165/2011).

3. La acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto tributario firme, sino solo aquellas que constituyan un supuesto tasado de nulidad plena, previsto en el artículo 217 de la Ley General Tributaria, de manera que -dada la previa inacción del interesado, que no utilizó en su momento el cauce adecuado para atacar aquel acto con cuantos motivos

de invalidez hubiera tenido por conveniente- «la revisión de oficio no es remedio para pretender la invalidez de actos anulables, sino solo para revisar actos nulos de pleno derecho» (sentencia de 14 de abril de 2010, dictada en el recurso de casación núm. 3533/2007).”

Sin embargo, hay que señalar que existen pronunciamientos que propenden por la revisión de oficio de tales liquidaciones firmes, mientras que otros pronunciamientos parecen conducir a la conclusión contraria.

Entre la primeros encontramos el tratamiento relevante de la jurisprudencia a diversas cuestiones relativas a los actos firmes de aplicación del “gravamen complementario” de la Tasa Fiscal del Juego, cuya inconstitucionalidad y nulidad se declaró en la STC 173/1996 -a diferencia de lo hecho en otras declaraciones de inconstitucionalidad como, por ejemplo, en la sentencia 45/1989, de 20 de febrero-, sin un expreso pronunciamiento sobre los efectos temporales. que debía tener tal declaración. El Tribunal Supremo defendía una eficacia *ex tunc* de la misma, citando los siguiente referentes:

“La STS de 16 de diciembre de 2010 (rec. cas. 6163/2007 - ECLI:ES:TS:7423), a propósito de la cuestión de la imputación temporal de los ingresos indebidos devueltos por la Administración, como consecuencia de la exacción del inconstitucional gravamen complementario de la tasa del juego, refleja una serie de consideraciones sobre esta cuestión, con cita de la STS de 3 de junio de 2002 (rec. cas. 8036/1997), que en su FJ 2 hace una exposición de la teoría general de la eficacia en el tiempo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley, en relación con los recursos en los que la misma debe recibir aplicación, que conviene tener presente. La publicación de las sentencias tiene, indudablemente, efectos para el futuro en el sentido de que todos los Poderes Públicos y, en especial, los jueces y Tribunales quedan vinculados, desde la fecha de publicación de la sentencia, a resolver cualquier proceso futuro sin aplicar o ejecutar una Ley que se ha declarado inconstitucional. Pero la causa que provoca la declaración de nulidad determina que exista también lo que se denomina eficacia “*ex tunc*” de la sentencia. Mediante este término se trata de explicar, con variadas construcciones dogmáticas, como explica la STS de 3 de junio de 2002 «[___] la obligación ineludible que, también, y a partir de la fecha de publicación de la sentencia, recae sobre los Jueces y Tribunales en el sentido de resolver todos los juicios pendientes en los que puedan tener conocimiento de la Ley inconstitucional, considerando que la misma ha carecido de eficacia jurídica en forma originaria desde el mismo momento de su formación o entrada en vigor hasta la fecha de la sentencia del Tribunal Constitucional, o, dicho en otros términos, juzgando “*tamquam non esset*”, es decir, como si la Ley no hubiese existido nunca, con el matiz obligado de aquellos casos en los que las normas procesales que sean de aplicación impidan discutir una aplicación de la Ley inconstitucional que ya no pueda ser revisada. La decisión de inconstitucionalidad tiene, por ello, indudables efectos retrospectivos o para el pasado, en cuanto invalida la Ley anulada desde su mismo

origen. La sentencia de inconstitucionalidad debe recibir aplicación incluso para actos y situaciones jurídicas anteriores en el tiempo a la publicación de la sentencia constitucional, siempre que existan impugnaciones en los que se discuta sobre ellos y la resolución o sentencia deba aplicarse conforme a las normas procesales ordinarias que rigen dichos procesos, con los límites que explicita el artículo 40.1 de la LOTC. Y todo ello porque un acto administrativo dictado al amparo de una Ley inconstitucional no habría tenido cobertura en ningún momento, porque la que presuntamente le proporcionaba la Ley anulada era una cobertura aparente, y no una cobertura real [_____]» (FJ 4).”

Entre las sentencias de la jurisprudencia que, ante la falta de pronunciamiento expreso del TC sobre los efectos temporales, parecían defender una eficacia *ex nunc* de la declaración de inconstitucionalidad, nos encontramos con los referidos a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. De ellos, se ejemplifica por el TS en los siguientes:

“En esta línea puede citarse la STS de 2 de junio de 2010 (rec. cas. 588/2020), sobre reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los perjuicios causados al demandante como consecuencia de la aplicación del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo declarado inconstitucional por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 68/2007, de 28 de marzo de 2007.

Y en la STS núm. 1026/2017, de 8 de junio (rec. cas. 2739/2015) se sostiene abiertamente una línea proclive a considerar que los efectos *ex nunc* son la regla general al afirmar (FJ 1), acerca de la incidencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 203/2016, de 1 de diciembre, que declara inconstitucional y nulo el art. 30.2 de la Norma Foral de Gipuzkoa 10/2006, de 29 de diciembre, reguladora del IRPF en dicho territorio Histórico, en el asunto allí controvertido (recurso de revisión por nulidad de pleno derecho respecto a liquidaciones provisionales por renta en la Norma Foral de Gipuzkoa). Hay que recordar que la STC 203/2016, de 1 de diciembre, no estableció ningún tipo de limitación de efectos. Aun así, la STS de 8 de junio de 2017 afirma que «[_____] ninguna incidencia tiene [la declaración de inconstitucionalidad], toda vez que en nuestro modelo de justicia constitucional los efectos “*erga omnes*” que se derivan de un fallo que declara la inconstitucionalidad de una norma no están dotados de carácter retroactivo ni conducen a la revisión de las situaciones consolidadas que se han producido al amparo de la norma que se entiende que es inconstitucional, salvo que se trate de supuestos de normas de carácter sancionador, a los que se refiere el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [_____]»

III.3 Distinta eficacia temporal de las sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad del impuesto municipal.

Si partimos de la multitud de sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad de los preceptos reguladores de la determinación objetiva del incremento de valor de los terrenos

en el IIVTNU³, puede advertirse también el distinto alcance con el que ha ido acotándose por parte del mismo TC, los efectos temporales que debían tener tales declaraciones de inconstitucionalidad en relación con los distintos supuestos que podían plantearse. Y ello porque si bien en los primeros casos -los de 2017- no se limitan dichos efectos, en la STC 26/2019 y 182/2021 sí, siendo en este último caso el supuesto el que mayor número de situaciones se consideraban consolidadas, sin posibilidad de revisión. Concretamente, en este último pronunciamiento, se consideraba que no se podrían revisar, además de las situaciones que se hubieran resuelto por sentencia con fuerza de cosa juzgada, las tres siguientes que se le asimilaban: (i) *las liquidaciones firmes*, (ii) *las liquidaciones provisionales o definitivas que no hubieran sido impugnadas a la fecha de dictarse dicha sentencia* y (iii) *las autoliquidaciones cuya rectificación no hubiera sido solicitada ex artículo 120.3 LGT a esa misma fecha*.

Sin embargo, a pesar de esta amplia exclusión de la revisión de situaciones, el Tribunal Supremo interpretó que, si bien no podían revisarse al amparo de esta STC 182/2021, todavía cabría hacerlo al de la STC 59/2017.

Así, si bien la STS de 10 de julio de 2023 examinaba los efectos excluyentes de la revisión de situaciones consolidadas, también aludía a la vía que continuaba existiendo con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la STC 59/2017. Concretamente afirmaba el TS:

“sí será posible impugnar dentro de los plazos establecidos para los distintos recursos administrativos, y el recurso contencioso-administrativo, tanto las liquidaciones provisionales o definitivas que no hubieren alcanzado firmeza al tiempo de dictarse la sentencia, como solicitar la rectificación de autoliquidaciones ex art. 120.3 LGT, dentro del plazo establecido para ello, con base en otros fundamentos distintos a la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la STC 182/2021, de 26 de octubre. Así, entre otros, con fundamento en las previas sentencias del Tribunal Constitucional que declararon la inconstitucionalidad de las normas del IIVTNU en cuanto sometían a gravamen inexcusablemente situaciones inexpressivas de incremento de valor (entre otras STC 59/2017) o cuando la cuota tributaria alcanza confiscatorio (STS 126/2019) al igual que por cualquier otro motivo de impugnación, distinto de la declaración de inconstitucionalidad por STC 182/2021. []».

³ La misma STS 339/2024 cita todas las sentencias del TC que se han pronunciado sobre la inconstitucionalidad: “El Tribunal Constitucional ha dictado un total de once sentencias sobre el IIVTNU y las correlativas Normas Forales. Se trata de las SSTC 26/2017, de 16 de febrero (Norma Foral de Gipuzkoa-Cuestión de inconstitucionalidad); 37/2017, de 1 de marzo (Norma Foral de Vitoria-Gasteiz-Cuestión de inconstitucionalidad); 48/2017, de 27 de abril (Norma Foral de Vitoria-Gasteiz- Cuestión de inconstitucionalidad); 57/2017, de 11 de mayo (Ley de Haciendas Locales-Cuestión de inconstitucionalidad); 59/2017, de 11 de mayo (Ley de Haciendas Locales-Cuestión de inconstitucionalidad); 72/2017, de 5 de junio (Ley Foral de Navarra-Cuestión de inconstitucionalidad); 128/2017, de 13 de noviembre (Recurso de amparo); 107/2019, de 30 de septiembre (Recurso de amparo); 126/2019, de 31 de octubre (Cuestión de inconstitucionalidad); 153/2019, de 25 de noviembre (Cuestión de inconstitucionalidad); 182/2021, de 26 de octubre (Cuestión de inconstitucionalidad).”

De esta manera, se concluía que, por mucho que con la STC 182/2021 se hubiera restringido el número de situaciones no consolidadas, al amparo de la STC 59/2017 sí que era posible revisar las liquidaciones provisionales o definitivas que no hubieran ganado firmeza al tiempo de dictarse la STC 59/2017, haciéndose extensiva la posibilidad también a instar la rectificación de autoliquidaciones ex art. 120.3 LGT, dentro del plazo establecido para ello. Una vez admitido que, aun después de haberse dictado la STC 182/2021 todavía podía accederse a la revisión de las liquidaciones provisionales o no al amparo de lo que resolvió el TC en la STC 59/2017, lo que quedaría por dilucidarse es si se puede acordar la revisión de oficio de nulidad de pleno Derecho, también con base en esa declaración de inconstitucionalidad efectuada por la STC 59/2017, en los casos en que, con las liquidaciones firmes, se había sometido a gravamen un supuesto que no era indicativo de capacidad económica del contribuyente.

IV. NUEVA DOCTINA JURISPRUDENCIAL: los artículos 39 y 40.1 LOTC como fundamento al que se refiere el apartado g) del art. 217.1 LGT para la revisión de oficio de las liquidaciones firmes.

El cambio de jurisprudencia se ceñirá a un concreto fundamento de la revisión de oficio. Particularmente al establecido en el apartado g) del art. 217.1 LGT, ya que, en el resto de apartados -a), b), c), d), e) y f)-, se declara que debe mantenerse la jurisprudencia de 2020. Dicho apartado g) permite declarar la nulidad de pleno derecho de un acto tributario cuando así lo autorice expresamente una disposición de rango legal. La cuestión es que para el Tribunal Supremo, en su jurisprudencia de 2020, no había ninguna norma que expresamente lo permitiera, ya que, a estos efectos, el art. 39 LOTC no podía admitirse. Concretamente, la STS 436/2020 lo resumía en los siguientes términos:

“i) **no existe precepto legal expreso** que tipifique que la nulidad por inconstitucionalidad de una norma -que en este caso sería el [art. 107.1](#) y [107.2.a\) TRLHL](#)- determine la nulidad de la liquidación tributaria que los ha aplicado cuando la misma haya ganado firmeza en vía administrativa

ii) **no se consideró en esa línea jurisprudencial que el [artículo 39.1 LOTC](#) pudiera ser una norma suficiente** a los efectos de la nulidad del acto, porque su mandato de nulidad se refiere a la declaración de inconstitucionalidad por extensión de otros preceptos, disposiciones o actos con fuerza de ley distintos a los que fueron objeto del proceso de inconstitucionalidad, no a los actos de aplicación; y

iii) la nulidad del acto tributario sería, a tenor de la declaración de inconstitucionalidad contenida en la [STC 59/2017](#), también parcial, condicionada o limitada o, expresado de otro modo, no resultaría directamente del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sino que exigiría una suerte de “reconstrucción” del acto de liquidación para verificar si, en efecto, se había producido o no el hecho imponible verificando la eventual existencia de incremento de valor de los terrenos.

Esta doctrina ya no puede mantenerse en estos términos, siendo rechazada y viéndose sustituida por una nueva sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de normas que han sido aplicadas en liquidaciones tributarias firmes, en aquellos casos en que el Tribunal Constitucional no ha introducido limitación alguna al régimen de efectos que se deriva de la Constitución y la LOTC.

La doctrina que había establecido como jurisprudencia el Tribunal Supremo en 2020 conduce a unos resultados que son incoherentes. Así si bien se partía de la falta de limitación de efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la STC 59/2017 y se admite que esta sentencia tampoco incluyó como situación consolidada a las liquidaciones firmes -solo lo eran las sentencias con valor de cosa juzgada del art. 40.1 LOTC-, el resultado práctico al que conducía la jurisprudencia de 2020 era materialmente el mismo, con el pretexto de que el ordenamiento tributario no introducía un cauce nítido para conseguir el resultado pretendido por el TC, consistente en la remoción de las liquidaciones firmes.

Esta falta de coherencia de la falta del mecanismo que permitiera un efecto equivalente a la nulidad de la liquidación firme tampoco podía suplirse por las normas de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, ya que estas son más rígidas y con presupuestos diferentes a los de la revisión de oficio en materia tributaria.

Por ello, el Tribunal Supremo defenderá una interpretación superadora de su propia jurisprudencia de 2020, anclándola en lo que denomina una “vinculación más fuerte con la Constitución”.

Concretamente, la doctrina que establece el TS en esta STS 339/2024, vinculando el apartado g) del art. 217.1 LGT con los artículos 38 y 40.1 LOTC, de manera que estos últimos representan la norma que expresamente permite la revisión de las liquidaciones firmes al amparo de la declaración de su nulidad de pleno derecho, es la siguiente:

“los artículos 39.1 y 40.1 LOTC contienen ese mandato positivo que ya impone la propia Constitución en sus artículos 161.1º a) en relación al 164.1, de remoción de los efectos de una norma declarada inconstitucional y comportan la consideración de nulos de pleno derecho para los actos de aplicación de aquella norma inconstitucional, y que estos preceptos legales constituyen una vía suficiente, esto es, son la norma expresa a que se remite el artículo 217.1.g) LGT, para aplicar el cauce de la revisión de tales actos nulos de pleno derecho por razón de la inconstitucionalidad de la norma de cobertura, con los efectos que prevé el artículo 217 LGT.”

A dicha conclusión se llega considerando que lo que establece la Constitución, como regla general, es la eliminación de los efectos aplicativos de una norma que se ha declarado inconstitucional. Regla que, en aras de otros principios y valores constitucionales, puede

admitir excepciones -y así lo puede entender el TC-, pero que, en ausencia de limitación expresa por el TC, rige dicha regla general en toda su amplitud.

De esta forma, la inconstitucionalidad -en defecto de limitación efectuada por el TC- será *ex tunc*, comportando, además, la nulidad, en los términos del Tribunal Supremo:

“La declaración de inconstitucionalidad, tal y como quiere el artículo 161.1º a) y el artículo 164.1 CE, tiene efectos *ex tunc* y el efecto que acarrea es, con carácter general, el de la nulidad, tal y como precisa el artículo 39.1 LOTC. Nulidad con efectos *ex tunc* que no tiene más límites que la intangibilidad de las situaciones resueltas por sentencias firmes con fuerza de cosa juzgada que hubieren hecho aplicación de la norma inconstitucional, y las limitaciones que pudiera introducir la sentencia que declare de inconstitucionalidad que, en el caso de la STC 59/2017, son inexistentes. Es a partir de esta premisa como debe ser interpretado el conjunto del ordenamiento jurídico.”

La limitación que impone el art. 40.1 LOTC solo adquiere sentido si la regla general es la nulidad y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son *ex tunc*:

“Desde esta perspectiva que impone la propia Constitución, y el principio de adecuación a la misma de todo el ordenamiento jurídico, que resulta de su artículo 9.1, los límites que impone el artículo 40.1 LOTC deben ser entendidos como la expresión de un mandato único y expreso, con su vertiente positiva y negativa: la limitación tan solo cobra sentido con relación a un mandato positivo, el de plenitud de remoción de efectos de las leyes inconstitucionales. Cuando el artículo 40.1 LOTC, en conformidad con los artículos 161.1.a) y 164.1 CE, salvaguarda de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a aquellas situaciones consolidadas de aplicación de la norma inconstitucional que hayan sido resueltas en sentencias con fuerza de cosa juzgada, está afirmando que el alcance general de esa declaración de inconstitucionalidad es la remoción de efectos en todo lo que no esté comprendido en tal salvaguarda. Dicho de otra forma, precisamente porque es una limitación a un mandato positivo, la regla general es la que impone éste último, expresado en el artículo 161.1º a) en relación al artículo 164.1, ambos de la CE, que exigen e imponen los efectos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad, sin deferir tales efectos a ninguna intermediación legislativa, de forma que toda situación que no esté cubierta por los límites negativos que impone el artículo 164.1 CE -sentencias con cosa juzgada que hayan hecho aplicación de la norma inconstitucional, dejando a salvo los casos de reducción de penas o sanciones-, podrá quedar afectada por los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, salvo que el propio Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad de la norma, amplíe el ámbito de situaciones inmunes a los efectos de aquella declaración”.

Siendo dicha interpretación la que desprende de una interpretación sistemática del ordenamiento:

“Esta interpretación que resulta del conjunto normativo Constitución - Ley Orgánica del Tribunal Constitucional-, fue expuesta ya en nuestra STS de 10 de julio de 2023, cit., en la que destacamos que el propio Tribunal Constitucional ha establecido, entre otras, en la STC 60/2015, de 18 de marzo, pero también en la STC 182/2021, de 26 de octubre, que los límites que establece el artículo 40.1 LOTC en relación a los artículos 161.1º a) y 164.1 CE constituyen un mínimo, que puede ser ampliado en aras de otros principios constitucionales, señaladamente el de seguridad jurídica (STC 126/2019, de 31 de octubre). En la STC 60/2015, de 18 de marzo, se afirma la excepcionalidad de la limitación de los efectos de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad para las situaciones pro-futuro, que define como los «[] nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme []» y en análogos términos la STC 126/2019, de 31 de octubre (FJ 6ª). Conviene advertir que este marco interpretativo no resulta alterado -no desde luego a los efectos que ahora nos ocupan- por la previsión del artículo 32.6, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando establece que «[] [I] a sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” o en el “Diario Oficial de la Unión Europea”, según el caso, salvo que en ella se establezca otra cosa []». Se trata de una norma destinada a configurar el régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la declaración de inconstitucionalidad, que no es la pretensión que enjuiciamos, donde lo que está en cuestión es en qué medida es aplicable a la propia actuación administrativa impugnada el efecto de declaración de inconstitucionalidad.”

V. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA STS 339/2024 A LAS SITUACIONES DERIVADAS DE LA STC 59/2017

La doctrina que establece el Tribunal Supremo en la STS núm. 339/2017 se declara plenamente aplicable a la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la STC 59/2017, pese que se utiliza una fórmula compleja que la aproxima a las sentencias interpretativas sin que pueda admitirse que efectivamente lo es.

La fórmula compleja a que hace referencia el Tribunal Supremo es la que utiliza el TC al declarar que los artículos 107.1 y 107.2 a) LHL son inconstitucionales *únicamente* en la medida en que someten a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica.

El Tribunal Supremo explica que, al aludirse -como hizo en la STS 1163/2018, de 9 de julio- que la inconstitucionalidad era “parcial”, lo que se quiere afirmar, en realidad, es que solo es inconstitucional en relación con unos concretos supuestos de aplicación. No en todos los casos. Concretamente, en las situaciones inexpresivas de dicha capacidad, pero no en el resto. *No* se trata, en términos del Tribunal Supremo, que estemos ante una norma que sea *en parte*

inconstitucional, ni siquiera que nos encontremos ante una sentencia interpretativa, porque en este último caso se salvaría siempre la constitucionalidad con el condicionante de que se interprete de una determinada manera.

En su lugar, según se apunta, estamos ante:

“una fórmula de declaración de inconstitucionalidad que impide la aplicación de la norma inconstitucional a determinados supuestos, y siempre que concurran tales supuestos, estaremos ante un resultado contrario a la Constitución, también en el acto de aplicación. Ahora bien, que ello requiera una labor de indagación para determinar si la aplicación de la norma se ha hecho en un supuesto en que resulta inconstitucional, no implica que en tales casos ceda la plenitud del mandato de remoción de efectos de la norma inconstitucional.

Y ello ha de extenderse también a la solicitud de revisión de oficio sobre el que se ha establecido jurisprudencia, pudiendo discernirse si el acto aplicativo en cuestión es de los que quiso afectar o no la declaración de inconstitucionalidad en cuestión:

“La fase de admisión de la solicitud de revisión de oficio permite constatar, sin dificultad alguna, si la solicitud de revisión de oficio se refiere a un acto de aplicación que operó sobre aquellos supuestos que no quiso afectar la [STC 59/2017](#) -aquellos en los sí existió un incremento del valor de los terrenos- e inadmitir la revisión de oficio cuando manifiestamente no concorra la nulidad de pleno derecho del acto de aplicación. Por otra parte, cualquier situación que suscite dudas sobre si existió o no aplicación de la norma a un supuesto en el que resultaría inconstitucional -inexistencia de incremento de valor de los terrenos en la transmisión gravada- puede resolverse en el curso del propio procedimiento de revisión de oficio, sin que ello suponga una reconstrucción de la fase de gestión tributaria, sino sencillamente la verificación de si concurre el supuesto para el que la [STC 59/2017](#) declaró que la aplicación de los [artículos 107.1 y 107.2.a\) LHL](#) es inconstitucional y nula. Si la situación no concurre con la suficiente evidencia, la revisión de oficio deberá ser rechazada.”

La nulidad de pleno derecho de los actos de aplicación de la norma declarada inconstitucional -con la devolución de lo que no había fundamento legítimo para cobrar- es una exigencia de otros principios y bienes constitucionales, como, por ejemplo, garantizar que el deber de contribuir se hará respetando la capacidad económica del llamado:

“Hay que advertir que al resolver sobre la revisión de oficio se deben ponderar todos los intereses concernidos, y, en especial, si ha existido afectación sustancial de principios constitucionales por el acto firme de aplicación de la norma declarada inconstitucional. En el caso de las liquidaciones por IIVTNU que hubieren gravado transmisiones en las que no haya existido incremento del valor del suelo, no se puede obviar que no solo se trata de actos nulos, sino que, además, son actos que han producido una lesión efectiva de un principio de rango constitucional, el de capacidad económica como fundamento y límite de la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, y han vulnerado de manera real y efectiva la prohibición de confiscatoriedad del [artículo](#)

[lo 31.1 CE](#), por lo que el restablecimiento del pleno respeto a la Constitución exige la posibilidad de abrir el cauce de revisión de tales actos, para impedir la perpetuación de una lesión de estos valores constitucionalmente protegidos. *Por el contrario, no existe ningún interés jurídico digno de protección que se oponga a la revisión de oficio, ni lo reclama el principio de seguridad jurídica, pues la seguridad jurídica precisamente se garantiza a través de la remoción de efectos de los actos que, de otra manera, perpetuarían una lesión de principios constitucionales protegidos en el [artículo 31.1 CE](#).*”

Por último, una única cuestión nos suscita toda esta nueva jurisprudencia en función de las liquidaciones firmes del impuesto, que son susceptibles de revisión de oficio cuando se hubiera contribuido sin existir situaciones expresivas de capacidad económica. Y es que, para ser exactos, si atendemos a la imprescriptibilidad de la nulidad de pleno derecho que puede ser instada por el particular, posibilitando que, con independencia del tiempo que haya transcurrido desde el pago de la misma y considerando que el sistema de determinación objetivo podría decirse que es inconstitucional desde la aprobación de la Ley del Impuesto, se plantea una duda que no es de menor importancia: ¿hasta qué año se podrá instar la nulidad de pleno derecho de las liquidaciones firmes que incurran en el referido defecto?

Para contestar a tal pregunta, el Tribunal Supremo, muy cauto, recordando los términos legales de la revisión difícilmente cuantificables, apunta lo siguiente, que, sin duda, originará polémicas futuras:

“Por otra parte, como es característico de la potestad de revisión de oficio, deberá ponderarse el tiempo transcurrido desde que se produjo el ingreso de la cantidad liquidada por el acto nulo de pleno derecho hasta que se insta la revisión.”

Pues eso. Ya veremos como se pondera el tiempo transcurrido desde que se produjo el pago para poner límite temporal a la revisión de las liquidaciones firmes. Pero, sobre ello, advertimos, también habrá de dictarse jurisprudencia.

EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS LOCALES.

THE INCOMPATIBILITY REGIME FOR LOCAL PUBLIC EMPLOYEES..

JESÚS MOZO AMO.

Secretario General del Ayuntamiento de Valladolid
Magistrado de lo Contencioso-administrativo en excedencia

SUMARIO.

I. Introducción

II. Las incompatibilidades aplicables al personal de las entidades locales

III. Supuestos signales de incompatibilidad y, en especial, los relacionados con la condición de empleado public y miembro de una Corporación local.

RESUMEN.

Se hace un análisis del régimen de incompatibilidades aplicable a los empleados públicos locales según el mismo se establece en la legislación sobre incompatibilidades (Ley53/1984, de 26 de diciembre, y Real Decreto 598/1985, de 30 de abril) y en la legislación especial, concretamente en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y en la Ley Orgánica Reguladora del Régimen Electoral General (LOREG). En aplicación de la legislación sobre incompatibilidades, se analizan los supuestos en los que se puede compatibilizar la condición de empleado público con otro tipo de actividades, tanto en el sector público como en el sector privado, y la autorización que es necesario obtener para que esa compatibilidad se produzca. En aplicación de la legislación especial, se analiza la compatibilidad/incompatibilidad entre condición de empleado público de una Corporación local y la de miembro de la misma. Por último, también atendiendo a la normativa especial, se hace referencia a la posible incompatibilidad entre la condición de empleado público local y el ejercicio de la actividad consistente en ser miembro electivo de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma o de alguna de las Cámaras que integran el poder legislativo del Estado y también a la posible incompatibilidad entre la condición de empleado público y la de contratista.

ABSTRACT

An analysis is made of the regime of incompatibilities applicable to local public employees as established in the legislation on incompatibilities (Law 53/1984, of December 26, and Royal Decree 598/1985, of April 30) and in special legislation, specifically in Law 7/1985, of April 2, which regulates the Bases of the Local Regime (LBRL), and in the Organic Law regulating the General Electoral Regime (LOREG). In application of the legislation on incompatibilities, the cases in which the condition of public employee can be compatible with other types of activities, both in the public and private sectors, are analyzed, as well as the authorization that must be obtained for this compatibility to occur. In the application of special legislation, the compatibility/incompatibility between the condition of public employee in a local corporation and that of a member of the same corporation. Finally, also based on the special regulations, reference is made to the possible incompatibility between the condition of local public employee and the exercise of the activity consisting of being an elected member of the Legislative Assembly of the Autonomous Community or of one of the Chambers that make up the legislative power of the State, as well as to the possible incompatibility between the condition of public employee and contractor.

PALABRAS CLAVE

Personal; empleado público; actividad; incompatibilidad; Corporación local.

KEY WORDS

Staff; public employee; activity; Incompatibility; Local corporation

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 103,3 de la Constitución dispone, en lo que ahora importa, que una ley regulará el sistema de incompatibilidades de los funcionarios públicos y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Esa ley, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 149,1,18ª de la propia Constitución, ha de tener el carácter de básica y, por lo tanto, establecer un régimen común aplicable a todas las Administraciones Públicas, que podrá completarse por cada una de las Comunidades Autónomas mediante la aprobación de leyes de desarrollo de la misma.

La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas es la que ha cumplido el mandato constitucional al que se acaba de hacer referencia resultando que esa Ley se ha desarrollado por el Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, dejando a salvo la normativa que haya podido aprobar cada Comunidad Autónoma en ejercicio de sus competencias propias y para su ámbito territorial.

Desde el punto de vista subjetivo, la legislación sobre incompatibilidades se aplica no solo al personal funcionario sino también al personal laboral y a otro personal, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo, que preste servicios dentro del sector público entendido este en los términos en los que se concreta en el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y por ello dentro del mismo se incluyen no solo los entes que tienen naturaleza de Administración Pública sino también las entidades de derecho privado dependientes o vinculadas a ellas. Así es como hay que entender la referencia que se hace en la Ley de Incompatibilidades a los Organismos dependientes de las Administraciones Públicas y a las Empresas en las que la participación del capital social, sea de manera directa o indirecta, de las Administraciones Públicas sea superior al 50 por 100.

Desde el punto de vista objetivo, la legislación que se acaba de referir establece unas reglas básicas, que se pueden concretar en: (1) la prohibición, salvo excepciones, de desempeñar más de una actividad o empleo dentro del sector público in que, en ningún caso, también salvo excepciones, se pueda percibir más de una retribución; (2) las excepciones previstas en la Ley necesitan autorización previa de compatibilidad; y (3) hay determinadas actividades (las del artículo 19), que se pueden ejercer libremente.

El personal al servicio de las Corporaciones locales y de los entes de ellas dependientes está sujeto a la legislación sobre incompatibilidades al disponerse así en el artículo 2,1 c) de la Ley resultando que dentro de ese personal se incluye no solo el personal funcionario sino también el personal laboral y el personal eventual. Al personal directivo profesional también se le aplica la legislación sobre incompatibilidades atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2,2 de la Ley y también por la remisión que se hace a ella, para los municipios de gran población, en el artículo 130,4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Este personal directivo, además, debe cumplir, por establecerlo así la disposición adicional decimoquinta de la LBRL, lo dispuesto en el artículo 75,7 de la propia LBRL presentando una declaración de bienes patrimoniales y otra de posibles causas de incompatibilidad y de actividades que le proporcione o le pueda proporcionar ingresos y está sujeto, una vez que pierda esa condición, a las limitaciones en el ejercicio de actividades privadas durante el plazo de dos años y dentro del ámbito territorial en el que ha ejercido sus atribuciones o competencias en los términos previstos en la Ley 3/2015, de 30 de marzo (antes Ley 5/2006, de 10 de abril, reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado).

Los miembros de las Corporaciones locales, hayan sido elegidos o no conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica Reguladora del Régimen Electoral General (LOREG), no son personal de las mismas y por lo tanto no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Incompatibilidades.

No hay que descartar que exista personal incluido en el ámbito de aplicación de la Ley de Incompatibilidades que, a su vez, tenga la condición de miembro de una Corporación local

resultando que cuando así ocurra hay que determinar si ese hecho supone el ejercicio de otra actividad diferente de la propia del empleado público. En este apartado hay que señalar que el artículo 1,1 de la Ley de Incompatibilidades considera como actividad en el sector público la desarrollada, en lo que ahora importa, por los miembros electivos de las Corporaciones locales estableciéndose una excepción en el artículo 5 de la Ley en cuanto que en ese artículo se permite (1) que el personal pueda compatibilizar su actividad como empleado público con la condición de miembro de la Corporación local, salvo cuando ejerza el cargo en régimen de dedicación exclusiva, y (2) que pueda percibir más de una retribución del sector público en el supuesto de que la condición de miembro de la Corporación local se ejerza en régimen de dedicación parcial.

Lo que se acaba de señalar permite analizar el régimen de incompatibilidades aplicable al personal de las entidades locales determinando, en primer lugar, los supuestos en los que se produce esa incompatibilidad y las posibilidades de salvarla obteniendo la correspondiente autorización de compatibilidad y, en segundo lugar, las situaciones específicas que se pueden producir, especialmente aquellas en las que el empleado público local sea, además, miembro de una Corporación local, ya lo sea de la propia de la que es empleado o de otra diferente, y que no se contemplan directamente en la Ley de Incompatibilidades.

II. LAS INCOMPATIBILIDADES APLICABLES AL PERSONAL DE LAS ENTIDADES LOCALES

La Ley de Incompatibilidades establece unos principios que pueden excepcionarse permitiendo, incluso percibiendo la correspondiente retribución, el ejercicio de la actividad profesional como empleado público con el de otras actividades en el sector público (actividades públicas) o en el sector privado (actividades privadas) estableciéndose unas reglas comunes para ambos supuestos y también la posibilidad de ejercer determinadas actividades, las del artículo 19 de la Ley, sin quedar sometido a lo dispuesto en ella por estar excluido ese ejercicio de su aplicación.

Lo dicho en el párrafo precedente se desarrolla y concreta según se va a indicar seguidamente.

1º El ejercicio de la función propia de la condición de empleado del sector público y el desempeño de otro puesto o actividad dentro de ese sector público.

Los artículos 3 a 10 de la Ley de Incompatibilidades regulan el ejercicio de la función de empleado público con el desempeño de otro puesto o actividad dentro del sector público resultando de esa regulación lo siguiente:

- a) Solo es posible realizar una segunda actividad o desempeñar un segundo puesto de trabajo en el sector público si, con carácter previo, se obtiene la autorización de compatibilidad para poderlo hacer.

- b) No es posible desempeñar ninguna actividad o puesto en el sector público si se percibe pensión de jubilación o retiro por derechos pasivos o por cualquier régimen de la Seguridad Social público y obligatorio. Sobre esta situación de incompatibilidad hay que tener en cuenta la normativa en materia de “jubilación activa” y, de manera más concreta, lo dispuesto en el Real Decreto Ley 11/2024, de 23 de diciembre, para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con la realización del trabajo remunerado.
- c) El segundo puesto de trabajo o actividad que puede ejercerse en el sector público tiene que tener relación con la función docente y sanitaria, con el ejercicio de actividades de investigación no permanentes, con el ejercicio de cargos representativos o con razones de interés público recogidas en una normativa específica que prevea esa compatibilidad.

Las funciones docentes y sanitarias se podrán compatibilizar cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Ley. La función docente lo será como profesor universitario asociado en régimen de dedicación no superior a la de tiempo parcial.

El ejercicio de actividades de investigación ha de ser no permanente y cumplir lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley.

Pueden desempeñarse cargos electivos en las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas si no se percibe retribución por ese desempeño. También se puede ostentar la condición de miembro de una Corporación local si no se desempeña el cargo en régimen de dedicación exclusiva. En ambos casos, la retribución que se perciba como empleado es compatible con la percepción de cantidades en concepto de dietas, asistencias e indemnizaciones por el ejercicio de la actividad representativa compatible. También puede percibirse la retribución como empleado público y la que corresponda como miembro de una Corporación local si en este último caso la función representativa se desempeña en régimen de dedicación parcial. Para ello, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 5,2 de la Ley de Incompatibilidades puesto en relación con lo dispuesto en el artículo 75,2 de la LBRL, es necesario que la dedicación parcial se desempeñe fuera de la jornada como empleado público y sin superar los límites que se establezcan, establecimiento que al día de la fecha no se ha producido. En estos casos, a pesar de tratarse de actividades en el sector público, se considera que no es necesaria la obtención de la autorización de compatibilidad dado que el propio artículo 5,1 de la Ley establece una excepción al régimen general permitiendo ejercer y, en definitiva, compatibilizar un empleo público con la condición de miembro de una Corporación local sin ejercer el cargo en régimen de dedicación exclusiva a lo que hay que añadir que la LBRL, al regular el estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales, tampoco exige esa autorización de compatibilidad cuando el cargo se ejerce sin dedicación o con dedicación parcial.

Dentro de los supuestos autorizados por razones de interés público se encuentra el previsto en el artículo 50 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo. Ese artículo regula las acumulaciones como forma de desempeño de un puesto de trabajo vacante reservado a un funcionario de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional cuando se está desempeñando otro puesto de trabajo reservado a estos funcionarios (también es posible la acumulación en los casos de Corporaciones locales eximidas de la obligación de mantener el puesto de Secretaria). En estos casos, las funciones acumuladas se ejercerán fuera de la jornada de trabajo del puesto principal pudiendo percibir por ese desempeño una gratificación que no supere el 30 por 100 de las retribuciones fijas, excluidos los trienios, del puesto principal debiendo estarse a lo dispuesto en el Real Decreto dicho, que es de aplicación preferente por su carácter de normativa especial.

- d) Si el empleado público asiste, en representación del sector público, a Consejos de Administración u otros órganos representativos de empresas o entidades, ya sean del sector público o del sector privado, puede percibir cantidades por dietas o asistencias y no por otros conceptos resultando que el importe que pueda devengarse por esos “otros conceptos” se ingresará en la Tesorería del ente al que represente el empleado público. Salvo autorización expresa del Pleno de la Corporación local, no se podrá ejercer la representación dicha en más de dos entidades.
- e) La obtención previa de la autorización de compatibilidad no puede suponer una modificación de la jornada de trabajo y horario de ambos puestos o actividades, que debe cumplirse en todo caso (artículo 3,1 de la Ley).

La obtención de esa autorización de compatibilidad exige una solicitud del empleado interesado, que inicia un procedimiento administrativo que ha de resolverse y notificarse en el plazo de tres meses pudiendo ampliarse ese plazo en un mes más (artículo 5 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril). La falta de resolución expresa y su notificación en el plazo indicado produce la concesión de la autorización de la compatibilidad solicitada por silencio, que será positivo atendiendo a lo dispuesto en el Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, que la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2019 considera vigente al no constar su derogación expresa.

La solicitud de compatibilidad debe ser presentada ante la entidad a la que pertenezca el empleado que la formula resolviéndose por ella previo informe de la entidad en la que va a desarrollarse la segunda actividad o puesto de trabajo. En el caso de Corporaciones locales, corresponde al Pleno resolver sobre la solicitud y, en su caso, emitir el informe preceptivo sobre la misma (artículo 9 de la Ley de Incompatibilidades) cuando tenga que resolverla un ente diferente pudiendo delegarse dichas atribuciones en los términos previstos en la legislación de régimen local.

La concesión de compatibilidad se hace siempre por razones de interés público apreciadas por la entidad que resuelve, en nuestro caso por la Corporación local, lo que supone que es revocable en cualquier momento sin que, por lo tanto, genere en el empleado un derecho pleno y permanente que obligue a aplicar la revisión de oficio en el supuesto de que se quiera dejar sin efecto la compatibilidad ya concedida (último párrafo del artículo 3,1 de la Ley de Incompatibilidades).

No se puede conceder compatibilidad cuando, como se ha dicho, suponga una modificación de la jornada u horario de los dos puestos de trabajo o actividades ni tampoco cuando exista riesgo de impedir o menoscabar la imparcialidad o independencia en el ejercicio de las funciones del empleado público o en el cumplimiento de sus deberes. Tampoco puede autorizarse la compatibilidad cuando la retribución total a percibir por los dos puestos o actividades supere la asignada al cargo de Director General en la Ley anual de Presupuestos y, en todo caso, cuando supere el porcentaje señalado en el artículo 7 de la Ley de Incompatibilidades en función del Grupo que tenga asignado el empleado que la solicita. Esos límites, que son acumulativos, pueden superarse cuando, en el caso de entidades locales, así lo acuerde el Pleno de la Corporación local por razones de especial interés para el servicio. En cualquier caso, las pagas extraordinarias y las prestaciones familiares solamente pueden percibirse en una sola de las actividades.

- f) No se considera desempeño de una segunda actividad o puesto en el sector público el hecho de realizar, siendo titular de un puesto de trabajo, funciones propias de otros puestos a través de la técnica de la “atribución temporal de funciones” por lo que en estos casos no es necesario obtener la autorización de compatibilidad ni tampoco se aplican los límites retributivos establecidos en el artículo 7,1 de la Ley de Incompatibilidades. Así lo ha determinado el Tribunal Supremo en la sentencia fechada el día 11 de enero de 2024 (Rec. Casa. 8358/2021).
- g) El artículo 10 de la Ley de Incompatibilidades prevé una situación administrativa, la de excedencia voluntaria por el desempeño de otro puesto de trabajo en el sector público, para el supuesto de que se obtenga un puesto de trabajo en el sector público siendo titular de otro en ese sector. Ese artículo se desarrolla por el artículo 13,1 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril. Del contenido de esta regulación, en cuanto a su aplicación, hay que destacar lo siguiente:
- El artículo 89 del EBEP no regula, al contrario de lo que ocurría anteriormente, la excedencia voluntaria por el desempeño de otro puesto de trabajo en el sector público aunque el artículo 85 del mismo prevé que esa regulación se haga por las Comunidades Autónomas por lo que habrá que estar a esta legislación para aplicarla acorde con lo establecido en la legislación sobre incompatibilidades sin dejar de tener en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo.
 - Si se opta por el puesto de la Administración de origen, el derecho de opción

ha de manifestarse ante la Administración en la que se encuentra el nuevo puesto de trabajo, que será la que tenga que declarar la situación administrativa de excedencia en ese puesto permaneciendo en activo como empleado público en la Administración en la que se encuentre el puesto de origen.

–Si se opta por el nuevo puesto, la situación de excedencia se producirá en el puesto de origen correspondiendo declararla a la Administración a la que pertenezca ese puesto de trabajo pasando a la situación de activo en el nuevo puesto y en la Administración a la que pertenezca.

–La opción dicha puede ejercerse dentro del plazo de toma de posesión y, de no hacerlo, se entiende que esa opción lo es en el nuevo puesto respecto del que se formalizará la correspondiente toma de posesión. Si se opta por el puesto de origen no es necesario tomar posesión en el nuevo puesto bastando con hacer constar la opción ejercida previamente. Lo dicho es relevante en el supuesto de que en el nuevo puesto de trabajo se hubiera nombrado previamente a un funcionario interino entendiendo que no existe causa de cese de ese funcionario interino en cuanto que, al haber optado el funcionario de carrera nombrado por el puesto de origen, no se produce la cobertura “reglada” del nuevo puesto de trabajo.

–La situación administrativa de excedencia voluntaria por el desempeño de otro puesto de trabajo en el sector público solamente es posible si en ambos puestos se tiene la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo o permanente. Así lo establece el artículo 15,1 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, aunque esta previsión normativa puede ser contraria al derecho de la Unión, concretamente al Acuerdo Marco aprobado por la Directiva 1999/70/CE, del Consejo. A este respecto puede tenerse en cuenta lo dicho en las sentencias del Tribunal Supremo fechadas los días 17 de octubre de 2022 (Rec. Casa. 6526/2020) y 19 de enero de 2023 (Rec. Casa. 4531/2021), en las que se indica, aunque no se refieren al tipo de excedencia que se está analizando, que el funcionario interino no puede acceder a la situación administrativa de excedencia voluntaria. Sin embargo no es descartable que, al amparo de la normativa europea referida, se pueda obtener excedencia en el Cuerpo o Escala en el que se ha ingresado como funcionario de carrera por el desempeño de un puesto de trabajo con carácter temporal, ya lo sea como funcionario interino o como personal laboral temporal, en el que se manifiesta la voluntad de permanecer.

–La situación de excedencia que se ha referido está expresamente prevista para el personal funcionario entendiendo que para el personal laboral habrá que aplicar la que se prevea al efecto en la normativa laboral.

- h) Por último hay que indicar que, atendiendo a lo dicho en la sentencia del Tribunal Supremo fechada el día 1 de julio de 2024 (Rec. Casa. 2971/2022), el personal laboral fijo discontinuo puede realizar, sin necesidad de obtener compatibilidad,

otra actividad durante el periodo de inactividad laboral de la relación laboral discontinua siempre que ello no impida o menoscabe el estricto del cumplimiento de sus deberes o comprometa su imparcialidad o independencia.

- i) No puede obtenerse compatibilidad si el puesto de trabajo que se desempeña tiene asignada una retribución complementaria por el factor de incompatibilidad (artículo 16,1 de la Ley de Incompatibilidades).

2º El ejercicio de la función propia de la condición de empleado del sector público y el desempeño de otro puesto o actividad dentro del sector privado.

La posibilidad de ejercer actividades privadas siendo personal del sector público se regula en los artículos 11 a 15 de la Ley de Incompatibilidades y en los artículos 8 a 12 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, debiendo destacarse, como se va a ver seguidamente, que en estos casos el régimen de incompatibilidad es más flexible que en los supuestos en los que las actividades que se ejercen sean de carácter público.

La normativa que se acaba de referir permite concretar el régimen jurídico aplicable según se va a indicar a continuación:

- a) No podrá ejercerse ninguna actividad privada si previamente no se obtiene la correspondiente autorización de compatibilidad.
- b) La compatibilidad dicha no se podrá obtener si la actividad privada que se pretende llevar a cabo tiene relación directa con los asuntos incluidos en el ámbito de actuación del empleado del sector público. Tampoco se podrá obtener esa compatibilidad si ya se desempeñan dos actividades en el sector público salvo el supuesto en el que la jornada semanal por las dos actividades públicas sea inferior a 40 horas. Tampoco podrá obtenerse compatibilidad si concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 12,1 de la Ley de Incompatibilidades puesto en relación con el artículo 11 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril. Cuando la presencia del empleado público sea necesaria en un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal, la compatibilidad solamente podrá autorizarse si la actividad pública es una de las que se pueda llevar a cabo a tiempo parcial. El Tribunal Supremo, en la sentencia fechada el día 16 de noviembre de 2023 (Rec. Casa. 912/2020), considera que no puede obtenerse compatibilidad para el ejercicio de la profesión de abogado por el turno de oficio debido a que el horario que exige el ejercicio de esa profesión no garantiza el cumplimiento de las obligaciones propias del puesto de trabajo en el sector público dentro de la jornada y horario establecidos.
- c) El reconocimiento de la compatibilidad para ejercer, con carácter general, actividades privadas correspondientes a las profesiones de arquitecto, ingeniero

u otras titulaciones debe completarse con una autorización de compatibilidad específica, que deberá dictarse en el plazo de un mes, para cada proyecto que requiera licencia, resolución administrativa o visado colegial (artículo 12 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril). Esta resolución, en la medida en que no se atribuye al Pleno del Ayuntamiento, puede dictarla el Alcalde teniendo en cuenta que, previamente, el Pleno ya ha autorizado la compatibilidad para el ejercicio de la profesión.

- d) Podrá reconocerse compatibilidad al personal del sector público que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complemento específico o similar que no incluya el factor de incompatibilidad y cuyo importe no supere el 30 por 100 de la retribución básica, excluida la antigüedad. La sentencia del Tribunal Supremo fechada el día 5 de diciembre de 2019, Rec. Casa. 2454/2017 analiza este supuesto concluyendo, dicho de manera resumida, que la percepción, como retribución complementaria, del factor de incompatibilidad impide, en todo caso, obtener la autorización de compatibilidad pudiendo concederse la compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas cuando ese factor de incompatibilidad no se retribuya y el importe del complemento específico o similar no supere el 30 por 100 de las retribuciones básicas, excluida la antigüedad, admitiéndose que se solicite, cuando se supere ese porcentaje, la reducción del complemento específico en los términos previstos en la normativa aplicable (Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio).
- e) La compatibilidad exige la solicitud del interesado y resolución expresa del Pleno del Ayuntamiento en los términos dichos para la autorización del desempeño de actividades públicas salvo el informe de la entidad con la que se relaciona la actividad privada que se pretende ejercer, que no es necesario.

Cuando se accede a un puesto en el sector público y se esté ejerciendo una actividad privada que requiera el reconocimiento de compatibilidad, la solicitud de esa compatibilidad puede presentarse dentro de los diez primeros días del plazo posesorio prorrogándose ese plazo hasta que se resuelva esa solicitud. Salvo que se haya obtenido la compatibilidad previamente, se debe cesar en el ejercicio de la actividad privada desde el momento en que se accede, mediante la correspondiente toma de posesión, al puesto de carácter público (artículo 13,3 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril).

La compatibilidad reconocida previamente pierde su efecto en el caso de cambio de puesto de trabajo (artículo 14 de la Ley). Cuando el cambio de puesto se produzca teniendo reconocida compatibilidad en el puesto anterior se puede desempeñar el nuevo puesto y la actividad privada sin haber obtenido previamente la compatibilidad bastando con que, en el plazo posesorio, se solicite la compatibilidad (artículo 13,4 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril).

- f) El empleado del sector público que ejerza una actividad privada no puede invocar esa condición en el ejercicio de dicha actividad.
- g) Los trabajadores fijos discontinuos pueden ejercer, sin necesidad de obtener compatibilidad, actividades privadas durante el periodo de inactividad laboral dando por reproducido lo ya dicho sobre esta cuestión.

3º Disposiciones comunes aplicables en ambos supuestos, es decir en el ejercicio de actividades públicas o privadas.

Ya se ha hecho referencia a alguna de esas reglas comunes (la imposibilidad de obtener compatibilidad si se remunera el factor de incompatibilidad) señalando ahora que el personal directivo, cualquiera que sea el régimen jurídico por el que se rija (de derecho administrativo o de derecho laboral a través del contrato de alta dirección), no puede obtener compatibilidad y, por lo tanto, está impedido de ejercer actividades públicas o privadas (artículo 16,1 de la Ley de Incompatibilidades).

Las autorizaciones de compatibilidad se inscribirán en el Registro de Personal siendo ello imprescindible para que, en el caso de compatibilidad para el ejercicio de actividades en el sector público, se acrediten los haberes a los afectados por dicho puesto o actividad.

4º Actividades exceptuadas del régimen de incompatibilidades y, por lo tanto, a las que no se aplica la legislación que lo regula.

A esas actividades se refiere el artículo 19 de la Ley de Incompatibilidades y el artículo 17 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, pudiendo llevarse a cabo las mismas sin necesidad de obtener la previa compatibilidad. Hay que recordar que la condición de miembro de una Corporación local es una actividad que no requiere compatibilidad salvo que se ejerza en régimen de dedicación exclusiva (artículo 5 de la Ley puesto en relación con el artículo 75 de la LBRL).

III. SUPUESTOS SIGULARES DE INCOMPATIBILIDADY, EN ESPECIAL, LOS RELACIONADOS CON LA CONDICIÓN DE EMPLEADO PÚBLICO Y MIEMBRO DE UNA CORPORACIÓN LOCAL

Se van a analizar una serie de supuestos que no son infrecuentes en el ámbito local y que pueden suponer una situación de incompatibilidad del personal aplicando normas específicas, concretamente las previstas en la legislación electoral y en la propia legislación del régimen local, puestas en relación con la Ley de Incompatibilidades, que en su artículo 1 considera como actividad, a los efectos de aplicación de la Ley, la desarrollada por los miembros electivos de las Corporaciones locales a lo que hay que añadir la regla general establecida en el apartado 3 del artículo dicho según el cual el desempeño de un puesto de trabajo por

el personal incluido en el ámbito de aplicación de la Ley es incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.

Todos ellos son supuestos de incompatibilidad asociados al ejercicio de un cargo público y no a la condición de empleado público por lo que prevalece la perspectiva electoral sobre la funcionarial siendo esa la razón por la que su regulación no se contiene directamente en la legislación sobre incompatibilidades del personal del sector público sino en la legislación electoral o, en su caso, en la que regula el funcionamiento de los órganos de la Administración local, que, en algunos supuestos, se remite a la Ley de Incompatibilidades.

Lo dicho es la razón por la que estos supuestos de incompatibilidad no se resuelven habitualmente mediante la obtención de una autorización de compatibilidad sino a través del ejercicio de un derecho de opción entre el ejercicio del cargo o el mantenimiento de la condición de empleado público y el pase del empleado público a una determinada situación administrativa en el supuesto de que la opción ejercida lo sea a favor del ejercicio del cargo. El Tribunal Supremo, en la sentencia fechada el día 23 de abril de 1993, Rec. 6696/1990, señala que las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los miembros de las Corporaciones locales tratan de garantizar la separación de poderes y funciones en el Estado de Derecho, así como la objetividad, imparcialidad y eficacia del órgano y la transparencia en la actuación siendo ese el contexto normativo en el que han de interpretarse los artículos 74,1 a) y 2 de la LBRL.

Los supuestos a los que se va a hacer referencia en este apartado son los que se van a indicar seguidamente.

1º Miembro de una Corporación local y a la vez empleado de la misma.

Este supuesto, al tratarse de una incompatibilidad relacionada con el ejercicio de un cargo representativo o electivo, se regula en la LOREG, que hay que completar con lo dispuesto en la LBRL y en la Ley de Incompatibilidades.

El artículo 178,1 b) de la LOREG dispone que son incompatibles con la condición de Concejal/a *“Los Directores de Servicios, funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él”*. El afectado por la situación de incompatibilidad referida, según se indica en el artículo mencionado, deberá optar entre la renuncia a la condición de Concejal/a o el abandono de la situación que dé origen a la incompatibilidad resultando que cuando la persona que opta por el cargo de Concejal/a es un funcionario o empleado (sic) pasará a la situación administrativa de servicios especiales o a la prevista en los respectivos convenios conllevando, en todo caso, reserva del puesto de trabajo.

El artículo 203 de la LOREG contiene, en lo que ahora importa, una regulación similar

aunque aplicable a los Diputados/as Provinciales y también a los Consejeros/as Insulares en las Islas del archipiélago Canario. Los Consejos Insulares en las Islas Baleares se regulan en la Ley 4/2022, de 28 de junio, cuyo artículo 10 se refiere el régimen de incompatibilidades de los consejeros electos remitiéndose al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, a la legislación electoral y a la legislación básica del Estado.

La incompatibilidad prevista en los artículos citados puede ser originaria, entendiendo como tal cuando ya se es empleado de la Corporación local y se accede a la condición de miembro de la misma, o derivada, es decir cuando siendo miembro de la Corporación local se accede a la condición de empleado de ella. En los dos casos la situación de incompatibilidad existente solamente se puede resolver de una manera, que es ejerciendo el derecho de opción siendo evidente que no cabe solucionarla mediante la obtención de una autorización de compatibilidad dado que esta posibilidad no está contemplada en la LOREG ni tampoco en la legislación ordinaria, es decir en la LBRL y en la Ley de Incompatibilidades. Cuando el ejercicio del derecho de opción da como resultado la renuncia al ejercicio del cargo representativo, la incompatibilidad desaparece manteniendo el empleado público su condición como tal y quedando sometido al régimen jurídico que le sea aplicable sin ninguna especialidad por el hecho de haber resultado elegido miembro de esa Corporación local. Cuando la opción elegida lo es a favor del ejercicio del cargo de carácter representativo, el ejercicio del empleo público cesa de manera temporal, mientras se mantenga la opción por el cargo electivo/representativo, o incluso, según luego se va a ver, de manera definitiva.

Los artículos que se han mencionado plantean diversas cuestiones, que se van a analizar con referencia a los Concejales/as aunque entendiendo que las mismas son aplicables en iguales términos a los Diputados/as Provinciales y a los Consejeros/as. Estas cuestiones son las siguientes:

[1ª Corporaciones locales o entidades en las que se tiene que tener la condición de empleado público.](#)

La condición de empleado público se tiene que tener en el Ayuntamiento y en las entidades y establecimientos dependientes de él entendiendo que en este apartado se incluyen los entes que integran el sector público municipal (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles de capital exclusivo o mayoritario, fundaciones públicas y similares). El TSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo de Burgos, considera, y así lo hace en la sentencia fechada el día 17 de diciembre de 2021 (Rec. Apela 146/2021) con cita de una sentencia del Tribunal Supremo identificada con el número 1735/1986, de 2 de abril, que dos empleadas de una fundación municipal (constituida por el Ayuntamiento para gestionar un centro de la tercera edad) no pueden ser concejalas del Ayuntamiento que la ha creado y del que depende presupuestariamente.

2ª Cargo que genera la situación de incompatibilidad.

Ese cargo es el de Concejal/a resultando que no genera una situación de incompatibilidad el ejercicio de un cargo (por ejemplo, miembro del Consejo de Administración de una sociedad mercantil de carácter municipal) dentro del sector público municipal siendo empleado del Ayuntamiento o incluso de su propio sector público, incluido el ente en el que se ejerce el cargo. La incompatibilidad que pueda producir la situación indicada no se resuelve conforme a lo dispuesto en los artículos que se están analizando sino aplicando las causas de abstención previstas en la legislación general, ya sea de derecho administrativo o de derecho mercantil, y la legislación sobre incompatibilidades del personal. Siendo esto así, la incompatibilidad indicada se resolverá obteniendo la correspondiente autorización de compatibilidad y, en el supuesto de que no ocurra así, renunciando al ejercicio del cargo en el ente que integra el sector público municipal si se quiere mantener la condición de empleado público.

3ª Empleados públicos que generan la situación de incompatibilidad con el cargo de Concejal/a.

La condición de empleado público se tiene que tener en el Ayuntamiento del que se es Concejal/a o en algún ente que integra el sector público municipal a lo que hay que añadir que solo algunos empleados, no todos, generan la situación de incompatibilidad que se está analizando.

Generarán la situación de incompatibilidad los empleados que tengan una vinculación de permanencia, ya sean funcionarios de carrera o empleados laborales fijos. La Junta Electoral Central considera que la permanencia está asociada a que el empleado municipal se incorpore a la plantilla del Ayuntamiento de manera que si esa incorporación no se produce no hay causa de incompatibilidad (Acuerdos, entre otros, de 11 de enero de 12 de febrero de 2001 y 30 de junio de 2011). La situación de permanencia dicha es la que, según el criterio del Tribunal Supremo, se corresponde la de “personal en activo”. La sentencia fechada el día 28 de mayo de 2020, Rec. Casa. 5298/2017, señala, dicho de manera resumida, que ello resulta de aplicar de manera restrictiva las causas que limitan el ejercicio del derecho fundamental recogido en el artículo 23,2 de la Constitución resultando que el personal temporal no puede tener una “situación en activo” dado que esa situación, al igual que la de servicios especiales aplicable en el supuesto de que se opte por el ejercicio del cargo de Concejal/a, solamente está prevista en la legislación reguladora del empleo público para el personal con una vinculación permanente.

También se produce una situación de incompatibilidad cuando nos encontramos ante los Directores de Servicios del propio Ayuntamiento entendiéndose que este concepto se corresponde con el personal directivo, ya lo sea en régimen de derecho laboral (contrato laboral de alta dirección) o en régimen de derecho administrativo (personal directivo profesional). La opción de este personal por el ejercicio del cargo de concejal/a supone, por aplicación de lo dispuesto

en el artículo 178,3 de la LOREG y para evitar la situación de incompatibilidad, el abandono voluntario de la condición de personal directivo sin pase a la situación de servicios especiales, que está prevista, se insiste en ello, para los empleados municipales en sentido estricto, ya lo sean en régimen de derecho administrativo, funcionarios, o en régimen de derecho laboral. Por la misma razón, tampoco pasarán a la situación administrativa de excedencia voluntaria.

El personal eventual del Ayuntamiento no puede considerarse incluido dentro de la incompatibilidad que se está analizando porque, en sentido estricto, no es personal funcionario ni laboral aunque su régimen jurídico sea de derecho administrativo a lo que hay que añadir que nunca se encuentra en “activo” en el Ayuntamiento ni desempeña un puesto de trabajo. La opción de estos empleados del Ayuntamiento por el cargo de Concejal/a no les impide mantener la condición de personal eventual del propio Ayuntamiento perdiendo esa condición solamente en el supuesto de que el ejercicio del cargo de Concejal/a se haga en régimen de dedicación exclusiva. En este supuesto se aplicaría el artículo 5,1 b) de la Ley de Incompatibilidades puesto en relación con el artículo 75,1 de la LBRL cesando en la condición de personal eventual sin pasar a la situación administrativa de servicios especiales prevista en el artículo 87,1 f) del EBEP dado que esa situación está prevista para el personal funcionario. Igual que ocurre con el personal directivo, no es posible que este personal pueda pasar a la situación administrativa de excedencia voluntaria.

Falta por determinar si la causa de incompatibilidad que se está analizando se aplica al personal temporal del Ayuntamiento o de los entes que integran su sector público, ya lo sea en régimen de derecho administrativo, funcionario interino, o en régimen de derecho laboral, personal laboral temporal.

Si este personal temporal ejerce el cargo de Concejal/a en régimen de dedicación exclusiva no existe ninguna duda que se produce una situación de incompatibilidad por aplicación de lo dispuesto en el artículo 5,1 b) de la Ley de Incompatibilidades puesto en relación con el artículo 75,1 de la LBRL que obliga a que el empleado temporal tenga que dejar de ejercer su función como tal admitiendo que puede cuestionarse si ello supone la pérdida de la condición de empleado temporal o simplemente una suspensión de su nombramiento mientras permanezca ejerciendo el cargo en régimen de dedicación exclusiva de manera que cuando ese hecho desaparezca retomaría el ejercicio de su función como empleado municipal.

La Primera posibilidad referida puede sustentarse en el hecho de que el empleado temporal no tiene situaciones administrativas, que son propias del personal permanente, ni tampoco es titular de un puesto de trabajo que pueda ser objeto de reserva mientras se está ejerciendo en cargo de Concejal/a en régimen de dedicación exclusiva en cuanto que el empleado temporal simplemente realiza funciones atendiendo a la concurrencia de unas determinadas circunstancias que posibilitan su nombramiento o contratación de manera que cuando esas funciones no se pueden realizar el nombramiento o contratación pierde su objeto y, por lo tanto, concurre una causa que posibilita dejarlo sin efecto. La opción del empleado temporal por el

ejercicio del cargo de Concejal/a en régimen de dedicación exclusiva es voluntaria en cuanto que puede renunciar a ella por lo que su ejercicio supone, tácitamente y por aplicación de la situación de incompatibilidad que produce, una renuncia al nombramiento o a la contratación que posibilita al Ayuntamiento constatarla y acordar la finalización de la relación de empleo existente con anterioridad.

La segunda posibilidad a la que se ha hecho mención, es decir la suspensión del nombramiento temporal mientras dure el ejercicio del cargo de Concejal/a en régimen de dedicación exclusiva, puede apoyarse en la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo de 28 de junio de 1999 (Acuerdo Marco) y en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión fechada el día 20 de diciembre de 2017, asunto C-158/2016 en la que se considera posible, por aplicación del Acuerdo Marco y a pesar de lo dispuesto en la legislación española sobre empleo público, que el funcionario interino quede en situación administrativa de servicios especiales aunque con reserva de puesto de trabajo limitada en cuanto que no tiene derecho al reingreso en el puesto si ese puesto se ha cubierto durante el tiempo en que ha permanecido en situación de servicios especiales. No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia española es muy restrictiva a la hora de aplicar al empleado temporal el régimen de las situaciones administrativas propias del personal permanente. Puede citarse a este respecto las sentencias del Tribunal Supremo fechadas los días 17 de octubre de 2022, Rec. Casa. 6526/2020, y 19 de enero de 2023, Rec. Casa. 4531/2021 en las que se indica que el personal interino no puede pasar a la situación administrativa de excedencia voluntaria.

Puede ocurrir, sin que ello sea infrecuente, que el personal temporal del Ayuntamiento o del sector público dependiente de él ejerza el cargo de Concejal/a sin dedicación exclusiva. En estos supuestos, atendiendo al criterio del Tribunal Supremo recogido en la sentencia ya citada, es decir en la fechada el día 28 de mayo de 2020, no se produciría una situación de incompatibilidad dado que ese personal temporal no puede estar “en activo” en el Ayuntamiento ni tampoco puede pasar a la situación administrativa de servicios especiales o equivalente con reserva, en todo caso, del puesto de trabajo. Esta posición del Tribunal Supremo es razonable y cuenta, como no podría ser de otra manera, con apoyo jurídico suficiente aunque plantea dudas sobre si la misma es aplicable en todo caso o solamente en supuestos concretos y determinados. No existe ninguna duda que el criterio del Tribunal Supremo es aplicable, como ocurre en el caso enjuiciado en la sentencia ya mencionada, en el supuesto en el que el ejercicio de la función del empleado temporal no tenga interferencias en el ejercicio del cargo de Concejal/a del Ayuntamiento ni tampoco en aquellos supuestos en los que las interferencias sea mínimas y se puedan resolver aplicando las causas de abstención y la técnica de recusación previstas en la legislación general a la que se remite el artículo 76 de la LBRL. La aplicación del criterio sostenido por el Tribunal Supremo es más conflictiva cuando las funciones que ejerce el empleado temporal tienen una incidencia en el ejercicio del cargo de Concejal/a del propio Ayuntamiento. Hay que recordar que la incompatibilidad que estamos analizando no es, en sentido estricto, del personal al servicio de la Administración sino del Concejal/a en cuanto que es titular y ejerce un cargo electivo de carácter representativo estando orientada a

garantizar y proteger, como dice el Tribunal Supremo, la separación de poderes y funciones en el Estado de Derecho así como la objetividad, imparcialidad y eficacia del órgano así como la transparencia en su actuación. En estos supuestos se entiende que existe una incompatibilidad entre el ejercicio del cargo de Concejal/a y la condición de empleado temporal municipal amparada por lo dispuesto en el artículo 178,1 b) de la LOREG.

4ª Situación administrativa a la que pasa el empleado público “en activo” que opta por el ejercicio del cargo de concejal/a.

La situación administrativa aplicable al empleado público es la de servicios especiales o la que sea equivalente si se trata de personal laboral. La situación dicha no se regula en el EBEP aunque sus efectos son los mismos que se prevén en el EBEP, que se complementan con lo previsto en el artículo 74 de la LBRL y que se concretan en la reserva del puesto de trabajo, percepción del importe de los trienios perfeccionados, computo del periodo de tiempo durante el que se permanezca en esa situación como de servicios a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y derechos en el régimen de Seguridad que les sea de aplicación teniendo en cuenta que las cotizaciones será a cargo del municipio.

No todos los empleados incompatibles que optan por el ejercicio del cargo de Concejal/a pasan a la situación dicha. Solo lo harán, hay que insistir en ello, aquellos que tengan permanencia, funcionarios de carrera o personal laboral fijo, o aquellos de carácter temporal en los que concurra abuso de temporalidad. El resto de empleados públicos en los que se produce la situación de incompatibilidad perderán la condición de empleado municipal al ejercer el cargo de Concejal/a en el Ayuntamiento.

Por último hay que señalar que la opción por el ejercicio del cargo de Concejal/a no da derecho al empleado que la ejerce a que lo tenga que hacer en régimen de dedicación exclusiva dado que ello es una decisión que corresponde adoptar al Ayuntamiento en los términos previstos en el artículo 78,1 de la LBRL.

Al comienzo de este apartado se ha dicho que la LOREG se completaba con lo dispuesto en la LBRL y en la legislación sobre incompatibilidades del personal habiendo referido alguno de los supuestos en los que ese complemento se producía. Ahora hay que hacer una mención específica a lo dispuesto en el artículo 74,1 a) de la LBRL en el que se indica que los miembros de las Corporaciones locales quedan en situación de servicios especiales cuando sean funcionarios de la propia Corporación para la que han sido elegidos resultando que esa regla, según el apartado 2 de ese artículo, también rige para el personal laboral de acuerdo con su legislación específica. Esta previsión de la LBRL debe aplicarse teniendo en cuenta lo que se va a indicar a continuación.

En primer lugar hay que poner de manifiesto que se debe dar preferencia a lo dispuesto en la LOREG sobre lo que se regula en el artículo 74,1 a) de la LBRL de manera que no se aplicará

esta Ley en aquello que exista coincidencia con la LOREG aplicándose la Ley Orgánica en aquello que no esté previsto en la LBRL como ocurre en lo que se refiere a los Directores de Servicios y a las entidades del sector público.

A lo anterior hay que añadir, en correspondencia con lo ya dicho, que las Corporaciones locales a las que se refiere el artículo 74,1 a) de la LBRL son aquellas a las que se aplica la LOREG, es decir los municipios, las provincias y las islas en los archipiélagos canario y balear. Las entidades locales de segundo nivel, es decir las comarcas, las mancomunidades, las áreas metropolitanas y otras, no son sector público de las Corporaciones locales de primer nivel por lo que no les resulta aplicable la LOREG ni tampoco el artículo 74,1 a) de la LBRL. A estas entidades locales, que no tienen carácter corporativo, se les aplicará la legislación de cada Comunidad Autónoma, que es a la que corresponde determinar su régimen jurídico y el de los miembros de sus órganos de gobierno.

2º Empleado público de un ente distinto de la Corporación local de la que es miembro electivo.

El artículo 74,1 b) de la LBRL dispone que los miembros de las Corporaciones locales quedan en situación de servicios especiales cuando sean funcionarios de carrera de otras Administraciones Públicas y desempeñen en la Corporación para la que han sido elegidos un cargo retribuido y en régimen de dedicación exclusiva. Lo mismo se aplica al personal laboral aunque la situación será la prevista en la legislación laboral (apartado 2 del artículo 74).

3º Empleado público local y miembro de la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma o de alguna de las Cámaras que integran el poder legislativo del Estado (Congreso o Senado)

Es compatible la condición de miembro de la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma y de empleado público local salvo que se perciban retribuciones como parlamentario o salvo que la normativa de la Asamblea establezca una incompatibilidad (artículo 5,1 a) de la Ley de Incompatibilidades). Si se produce la situación de incompatibilidad, el empleado público local pasará a la situación administrativa de servicios especiales o equivalente en los términos ya dichos (personal permanente o temporal de larga duración). Si existe compatibilidad, es necesario obtener la correspondiente autorización del Pleno del Ayuntamiento sin que, en ningún caso, se pueda percibir otra retribución que no sea la de empleado público local a reservas de lo que se pueda establecer en la normativa propia de la Asamblea Legislativa correspondiente.

La Ley de Incompatibilidades no hace ninguna referencia expresa a la compatibilidad entre la condición de empleado público y la de Diputado o Senador, salvo que se considere al Congreso y al Senado como órganos constitucionales y no como poder legislativo del Estado, debiendo estarse lo que se establezca en el Reglamento de cada Cámara teniendo en cuenta

que en el artículo 1,1 de la Ley de Incompatibilidades no se incluye como actividad la de Senador ni la de Diputado. Con carácter general se puede decir que existe incompatibilidad si se percibe retribución por ejercer el cargo de Diputado o Senador percibiendo retribución por ese ejercicio, lo que obliga a renunciar a la retribución o pasar, como empleado público, a la situación administrativa de servicios especiales o equivalente si es personal permanente o temporal de larga duración. Si no se percibe retribución, no hay incompatibilidad pudiendo percibir la retribución como empleado público local y las asignaciones (no las retribuciones) como Senador o como Diputado sin necesidad de obtener autorización de compatibilidad dado que, como se ha dicho, la actividad de Diputado o la de Senador no se refieren expresamente en la Ley de Incompatibilidades entendiéndose que, en sentido estricto, no son órganos constitucionales.

4º Incompatibilidad entre la condición de empleado público local y la de contratista del sector público.

El artículo 71,1 g) de la Ley de Contratos del Sector Público se remite a la Ley de Incompatibilidades debiendo tenerse en cuenta que el empleado público local también será incompatible para contratar si es cónyuge, persona vinculada con idéntica relación afectiva, ascendiente o descendiente o pariente de segundo grado de afinidad o consanguinidad de las personas que según el propio apartado g) dicho. Según la Ley de Incompatibilidades, la contratación ha de considerarse una actividad privada que no podrá compatibilizarse si concurre alguno de los supuestos previstos en el artículo 12,1 y 1,3 de la misma siendo necesario, en todo caso, obtener la preceptiva autorización.

RECIENTE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ACCESO POR LA AEAT A LA NUBE. EXIGENCIAS EN LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

*RECENT JURISPRUDENTIAL INTERPRETATION OF THE AEAT ACCESS TO
THE CLOUD. REQUIREMENTS IN JUDICIAL AUTHORIZATION..*

María Abelleira Rodriguez

Magistrado-Presidente Sección Tributos Sala C-A TSJ
Cataluña. Magistrada especialista en el orden c-a.

SUMARIO

I.Introducción

II.Problemática : acceso por la AEAT a los dispositivos electrónicos que almacenan información relevante en materia tributaria y otros que permiten acceder a los servidores. Almacenamiento en la “nube”.

III. Posicionamiento del Tribunal Supremo. STS núm. 1122/2024, 25 de junio, ECLI:ES:TS:2024:3662

IV. Luces y sombras.

V. Bibliografía.

RESUMEN

La era del papel conservado y clasificado para acreditar las relaciones con trascendencia tributaria ha terminado. Ahora todo pasa por la realización de hechos, actividades y negocios que dejan rastro electrónico y telemático. La necesidad de conservación, disponibilidad y seguridad de toda esa información y documentación ha virado hacia una nueva forma de cumplimiento para los particulares y las empresas : los servicios de almacenamiento en la “nube”. La AEAT en sus funciones de inspección pretende acceder a toda esa información que ya no se conserva en modos tradicionales y que, además, son proporcionados por terceros proveedores de esos servicios de almacenamiento. Cuando se realicen actuaciones de investigación en domicilios constitucionalmente protegidos que requieran autorización judicial o consentimiento del titular, deberá explicitarse si se pretende, el acceso a estos nuevos instrumentos de almacenamiento puesto que no están incluidos en una autorización de entrada y registro para el examen de documentación en cualquier soporte. La motivación para su acceso deberá ser específica y particularizada y su preservación seguir idénticas reglas de custodia.

ABSTRACT

The era of paper kept and classified to prove tax-related relationships is over. Now everything goes through the realization of facts, activities and businesses that leave an electronic and telematic trace. The need for conservation, availability and security of all this information and documentation has turned towards a new form of compliance for individuals and companies: storage services in the “cloud”. The AEAT in its inspection functions intends to access all this information that is no longer kept in traditional ways and that, in addition, is provided by third-party providers of these storage services. When investigation actions are carried out in constitutionally protected addresses that require judicial authorization or consent of the owner, access to these new storage instruments must be made explicit if desired, since they are not included in an authorization to enter and search for the examination of documentation in any medium. The motivation for its access must be specific and particularized and its preservation must follow identical rules of custody.

PALABRAS CLAVE

Dispositivos electrónicos, acceso a información, domicilio, derecho al “entorno digital”, nube, autorización judicial, motivación, intimidad personal y familiar.

KEYWORDS

Electronic devices, access to information, home, right to the “digital environment”, cloud, judicial authorization, motivation, personal and family privacy.

I.INTRODUCCIÓN

En el cumplimiento de la labor legalmente prevista para la Agencia Tributaria en orden a una correcta tributación acorde a las previsiones legales y constitucionales de todos los ciudadanos¹, qué duda cabe que se ha producido un viraje con la implantación de las nuevas tecnologías y la entrada de la profesionalización de determinados servicios² que no eran pensables a nivel ordinario para las empresas y menos las personas físicas.

La “era del papel” se acabó –o se superó- y se exige, por otra parte, una minuciosidad y control de toda la documentación que soporta cualquiera actividad económica, y, no solo eso, sino cualquier transacción con efectos en la tributación de cualquier bien, derecho o renta. Nadie discute, que las funciones que en la actualidad puede realizar un teléfono inteligente, tableta

1 Artículo 31.1 CE.

2 “Cloud computing providers”: se trata de empresas que ofrecen algún tipo de servicio o recurso de computación o consumo de recursos y aplicaciones a través de internet para migrar sus datos e información a tales infraestructuras virtualizadas. Todo ello en lugar de mantener recursos físicos locales dedicados que conllevan mayores riesgos de pérdida, falta de control y cargas de mantenimiento físico.

u ordenador eran inconcebibles hace pocos años para los profanos. Todo lo guardábamos en papel y bien clasificado, accesible desde una localización física específica.

A disposición de todos nosotros contamos en nuestros dispositivos electrónicos servicios de almacenamientos de nuestras actividades, recuerdos, transacciones, de forma que todo ello nos permite en cualquier momento el acceso a información acreditativa y fiable que pudiera requerirse. Ello ha cambiado el prisma de nuestra actividad puesto que existe una trazabilidad verificable de todos nuestros actos no sólo personales sino con trascendencia jurídica y económica.

Para las empresas, en particular, y profesionales, este fenómeno de almacenamiento de archivos en línea (*cloud computing*) ha sido muchísimo más intenso puesto que ha tenido ingredientes que han contribuido a su generalización³ y, en definitiva, a responder a un signo de accesibilidad, seguridad, reducción de costes y funcionalidad. Cabría deducir, sin titubeos, que en los domicilios sociales de las empresas ya no van a conservarse estanterías de archivadores con documentación relativa a la actividad económica de cada ejercicio. Todo eso pasó a la historia.

Pero lo más significativo es que nuestra legislación tributaria aplicable nada contempla de este fenómeno de migración a la nube (respaldo documental empresarial en servidores de todo el mundo) y la referencias que vamos a encontrar serán a elementos más o menos físicos, tangibles, ubicados en las instalaciones de la empresa sobre los que se prevé una serie de medidas cautelares⁴ a adoptar por la AEAT en caso de Inspección en locales y sedes para evitar la manipulación de los registros y someter a los obligados tributarios al menor trastorno posible. Salvo la LECRm⁵ que realizó una relevante reforma en 2015, para incluir las medidas de injerencia de investigación tecnológica, nuevamente el Juez de lo contencioso se encuentra carente de soporte normativo suficiente y apto para este control del impacto sobre los derechos fundamentales. Y ello, de forma incontestable, genera inestabilidad en nuestra actividad de vigilancia y seguimiento de la actuación invasiva de la AEAT en los derechos fundamentales. El cóctel está servido para una actuación judicial llamada a ponderar, a través del triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, la injerencia en los derechos fundamentales sin la robusta batuta de una Ley Orgánica procedimental y sustantiva que ampare con pulso

3 Como por ejemplo el impacto de la obligación de relacionarse electrónicamente con la AEAT, que se produjo a partir del RD 1363/2010, 29 de octubre, que se estableció la obligación de relacionarse electrónicamente con la AEAT por parte de las personas jurídicas tras la notificación de su inclusión en el DEH (dirección electrónica habilitada), en el que se pondría a su disposición todas las notificaciones que pretendiera realizar la AEAT.

4 Artículo 146 LGT 58/2003

5 Medidas de investigación tecnológicas introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que permite la autorización judicial de dispositivos de almacenamiento masivo durante la investigación de un delito concreto tanto dentro del domicilio objeto de un registro domiciliario, como fuera de él, requiriendo como veremos una particularizada motivación judicial para su acceso, copiado (por lo general) y tratamiento.

firmes una verdadera crítica a las solicitudes y peticiones de la AEAT cuando pretende obtener documentación e información que de forma infructuosa no ha conseguido con el ejercicio de sus potestades pero con alcance constitucional.

II. PROBLEMÁTICA: acceso por la AEAT a los dispositivos electrónicos que almacenan información relevante en materia tributaria y otros que permiten acceder a los servidores. Almacenamiento en *la nube*.

Cuando la AEAT se encuentra con una inspección en la que no dispone de información tributaria suficiente, o por falta de colaboración del obligado tributario o por incoherencia de la aportada, puede llevar a cabo, tras otros infructuosos medios, una diligencia de entrada y registro en un domicilio en el que se desarrollan hechos o actividades con trascendencia económica de una empresa⁶ y ello puede suponer la afectación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio -artículo 18.2 CE-, para cuya realización –desarrollo- va a tener que disponer o de consentimiento del titular del mismo -obtenida previamente al inicio- o autorización judicial expedida al efecto tras la petición efectuada, conforme al artículo 113 LGT⁷ y artículo 142.2 LGT.

No vamos a entrar aquí en toda la dilatada y copiosa conceptualización de lo que constituye “domicilio constitucionalmente protegido” (DCP)⁸ porque este breve comentario parte de esas categorizaciones ya asumidas y nuestra Jurisprudencia -y los receptores de la misma- ya no encuentran grandes dilemas en ello.

Por tanto, lo normal era solicitar y obtener autorización judicial para la entrada y registro en la sede de la gestión administrativa o dirección del negocio para obtener las fuentes de información certeras de la actividad a investigar del Juez contencioso-administrativo competente -ex artículo 8.6 LJCA- Y ello suponía, de ordinario, la existencia de no solo soportes

6 Dejemos de lado los supuestos de domicilios de personas físicas por su afectación entonces al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE donde adquiere una mayor intensidad la justificación de la proporcionalidad estricta de la medida y la expresión de la subsidiariedad.

7 Tras la reforma operada por Ley 11/2021, de 9 de julio, el redactado queda de la siguiente manera:

Artículo 113. Autorización judicial para la entrada en el domicilio de los obligados tributarios.

Cuando en las actuaciones y en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración Tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial.

La solicitud de autorización judicial para la ejecución del acuerdo de entrada en el mencionado domicilio deberá estar debidamente justificada y motivar la finalidad, necesidad y proporcionalidad de dicha entrada.

Tanto la solicitud como la concesión de la autorización judicial podrán practicarse, aun con carácter previo al inicio formal del correspondiente procedimiento, siempre que el acuerdo de entrada contenga la identificación del obligado tributario, los conceptos y períodos que van a ser objeto de comprobación y se aporten al órgano judicial.

8 Para un estudio ligero de tal concepto, tal y como está en la actualidad entendido podemos remitirnos a “Los derechos y garantías del contribuyente ante la Hacienda Pública del Siglo XXI”, IEF, Documentos de trabajo 10/2021, Capítulo 9, “La entrada de la Inspección en el domicilio y en locales de negocio o establecimientos mercantiles de los obligados tributarios”, SUBERBIOLA GARBIZU, IRUNE

físicos -libros, documentos, facturas...-sino también de bases de datos, programas, registros, archivos y dispositivos electrónicos afectos a la actividad que conservaran la documentación buscada en los ejercicios a regularizar. Así, el método usual y común era el de entender que como la actividad inspectora se basa en el examen e inspección de todos esos soportes, cuya previa existencia no se puede concretar con certeza, la autorización judicial para la entrada y registro en la sede social ya habilitaba para el registro, análisis, comprobación y copia e incautación de libros, papeles y demás documentos que abarcaba de modo exhaustivo todos esos soportes. Así lo establece el art. 142.2 y 151.3 LGT.

La situación ha cambiado cuando la empresa ha procedido a desprenderse de la información relevante -a efectos tributarios- físicamente recopilada -libros, papeles, documentos y cuadros o partes de trabajo- o archivada electrónicamente en los dispositivos electrónicos de la sede o dependencia objeto de la entrada para su migración y almacenamiento en la “nube” (servicios cloud)⁹. En esos casos la Jurisprudencia ya considera que no nos encontramos ante una afectación al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio¹⁰. De esta forma, el precinto, copiado, volcado y examen de los datos contenidos en un dispositivo electrónico de almacenamiento sito en la sede social (se entiende dependencias, locales, etc.) habrá de exigir al actuario una labor previa de ponderación sobre si es un elemento exclusivamente afecto a la empresa -por lo que se entiende que toda su información salvo expresión por el obligado o sus empleados es relativa a la actividad mercantil- y cabrá su descarga y copiado para su tratamiento posterior, siempre que el auto así lo contenga, o un dispositivo de uso mixto o diverso, como por ejemplo, una tableta u ordenador portátil del representante de la empresa que pudiera ser de uso ambivalente. Pero es que, además de esta situación, puede ocurrir que la empresa disponga de un sistema de almacenamiento en la “nube” (repositorios telemáticos llama el TS) y, toda o parte de su documentación e información se encuentre residenciada fuera de esos dispositivos, para exclusivamente servir estos de acceso o trabajo directamente en los mismos -almacenamiento en línea sin respaldo en los dispositivos electrónicos-. Estamos ante supuestos donde la Jurisprudencia más reciente de nuestro Alto Tribunal se ha visto en la tesitura de sustentar un sistema de garantías acordes al valor que presentan estos derechos fundamentales y que no encontraban respuesta en un marco muy rudimentario y para nada coherente con un fenómeno tecnológico de tal magnitud. No cabe duda de que el legislador no ha proporcionado un marco actual que regule estos supuestos ya de constante actualidad,

9 Esta forma o modelo de informática en la nube permite almacenar datos, en definitiva, información, en servidores remotos y acceder a ellos a través de Internet (nube). Es administrado, mantenido y operado por un proveedor de servicios en servidores de almacenamiento basados en técnicas de virtualización. El almacenamiento en línea permite acceder a un archivo o una aplicación desde un dispositivo (PC, tablet, teléfono o escritorio).

10 STS 1207/2023, 29 de septiembre, ECLI:ES:TS:2023:3978, FJ Tercero, 2) “... no estamos ante un problema de inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 CE) – pues ni un ordenador es un domicilio, ni su variado contenido informático almacenado guarda una relación directa y necesaria con los bienes jurídicos que hacen del domicilio un lugar digno y necesitado del máximo nivel de protección constitucional. Antes al contrario, nos encontramos ante la afectación posible de otros derechos fundamentales, mencionados en el auto de admisión -en principio, la intimidad personal y familiar, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos-.

quizás pensando que son homologables a lo que actualmente ya es deficitario. Es más, la autorización judicial de entrada en domicilio si no contempla la existencia de dispositivos electrónicos de almacenamiento o el acceso a servidores de datos para la nube, probablemente no tendrá en muchos de los casos sentido propio¹¹, a salvo la constatación de actividades o hechos imponderables u otros datos. La AEAT debe realizar una labor específica en definir aquello que es posible encontrar en el local o establecimiento y cómo se desarrolla, si bien someramente, la actividad a investigar, en orden a integrar las explicaciones convenientes al Juez de lo Contencioso -Juez autorizante y garante- y que éste pueda someterlo a crítica, antes de la toma de la decisión. De un tiempo a esta parte, se ha procedido a la crítica airada por los profesionales jurídicos respecto al acceso y volcado masivo de los dispositivos electrónicos existentes en los DCP, sin previa discriminación del contenido almacenado o incluso con accesos a las plataformas de almacenamiento externas que contenían informaciones sobre conceptos o periodos no regularizados. Ese acceso o captación se denunciaba como exceso en la ejecución de la diligencia de entrada y, en pocas ocasiones, los Juzgados y Tribunales accedían a ningún reproche por entender, en definitiva, que nos encontrábamos ante el mismo objeto de examen (libros, documentos, archivos, programas), pero en soportes distintos. En definitiva, existía una extensión implícita de las garantías previstas para la inviolabilidad del domicilio para la protección del derecho a la intimidad personal y familiar¹².

III. POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO. STS núm. 1122/2024, 25 de junio, ECLI:ES:TS:2024:3662

Requiere, como punto de partida, mencionar también la relevante STS 1207/2023, de 29 de noviembre, como antesala a lo que supondría el de 25 de junio de 2024, ahora a analizar. Este primer pronunciamiento tuvo la virtualidad de resituar lo que era el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio con su régimen -exiguo- de competencia y procedimiento con otros derechos fundamentales y así, otorgar protección reforzada ante una actuación de la Administración Tributaria que incida en esos otros derechos fundamentales que pueden converger, como es el de la intimidad personal y familiar y secreto de las comunicaciones y protección de datos, si bien con matices. Y el TS se ve necesitado, como así lo expresa y se infiere en varias ocasiones de su redactado, de extender el régimen de garantías previsto para la inviolabilidad del domicilio a los supuestos en los que estos derechos fundamentales se vean orillados. Recoge la mención al ya destacado derecho al “entorno digital”, como no podía ser ya de otra manera, para dar un espacio actualizado a nuestros días de los tradicionales de intimidad personal y familiar y secreto de las comunicaciones, así como protección de datos. Las circunstancias del caso planteadas en este primer pronunciamiento eran muy extremas y

¹¹ Sea como sea la información tributaria va a estar almacenada en dispositivos electrónicos que permitan su remisión y control o, al menos en una gran parte.

¹² STSCataluña núm. 4174/2021, 19 de octubre, ECLI:ES:TSJCAT:2021:11759, FJ Tercero, 6)

significativas¹³ respecto a una injerencia extrema y forzada por la AEAT a la hora de obtener por la fuerza y sin autorización judicial datos de un dispositivo electrónico fuera del DCP y que no podía equipararse a él, ya que el obligado tributario y representante se hallaba en las oficinas públicas de la AEAT. El pronunciamiento del TS es especialmente duro con la AEAT en su forma de proceder y también con el Juez autorizante al que se le solicita una autorización pasados más de 3 meses y se le presenta un cuadro fáctico compostado para que no se le ofrezca ninguna posible duda¹⁴ y acepte automáticamente. La vulneración del derecho fundamental a su intimidad personal y familiar –“entorno digital”- se había consumado sin ningún control previo judicial y sin consentimiento.

Ya con referencia a la STS núm. 1122/2024, 25 de junio, que nos ocupa, cabe reseñar la labor continuadora que se realiza por el Alto Tribunal en cuanto al complemento de la regulación procedimental y sustantiva en materia de autorización judicial para el acceso, captación y tratamiento de datos e información contenida en dispositivos electrónicos de almacenamiento masivo, si bien ahora, en servicios de datos ajenos para acceder a la “nube”. La sentencia se concentra exclusivamente en si es necesaria una motivación específica e individualizada para el acceso, captación y tratamiento de la información contenida en la “nube” siendo que en ese caso el auto del Juzgado C-A núm. 29 de Madrid sí que la había ofrecido y en términos luego valorados como suficientes, pero la sentencia dictada en apelación consideró que no era necesario por no resultar aplicable la regulación penal contenida en el artículo 588 sexies a) LECrm a la autorización de entrada prevista en la LGT.

La singularidad de este caso ya se observa desde inicio, cuando la AEAT solicita la autorización para el acceso a la “nube”, a parte de otros elementos que pueden estar almacenados en dispositivos electrónicos en los locales y justifica tal petición. El Juez la otorga y se produce el volcado y captación de todo lo allí almacenado. La apelación contra ese auto autorizatorio discurre sobre la ausencia de una motivación explícita, específica e individualizada para justificar ese acceso y volcado indiscriminado por parte de los actuarios de la AEAT. Y si inicialmente pudiéramos pensar que al fin y al cabo la migración a la nube, pudiera ser un soporte más en los que mantener y conservar información con trascendencia tributaria, el TS señala que no toda autorización habilita para proceder “... *al volcado, acceso o examen de cualesquiera equipos informáticos y de la información que contengan.*”, así como que, atendiendo a las circunstancias de cada caso, no es lo mismo “... *autorizar el volcado y acceso a la información contenida en equipos informáticos de un individuo que los de una*

13 Se trataba básicamente de un ordenador portátil que estaba siendo usado por el obligado tributario en las propias dependencias de la AEAT y que sería para la anotación y examen por aquel de la información que se le iba suministrando. Eso motivo a los actuarios para pretender su incautación, examen y volcado a costa tanto de un consentimiento formal y válido extendido en un acto como la obtención de una autorización judicial.

14 Llama poderosamente la atención la falta de remisión del expediente administrativo al TS, de forma que pudiera ver tanto las actas dictadas para realizar la copia del ordenador portátil del compareciente. Ante esa inexistencia de expediente, posiblemente el TS hubiera debido reclamarlo puesto que el propio artículo 89.5 y 90 LJCA muestra que se remiten los autos originales y el expediente administrativo.

persona jurídica. Tampoco lo es acceder a tales equipos cuando se encuentran afectos a una actividad empresarial o profesional o cuando no lo están”.

Se desecha, en este caso, que se pueda vulnerar el derecho a la intimidad personal y familiar -art. 18.1 CE- por tratarse de una persona jurídica, así como el secreto de las comunicaciones -art. 18.3 CE- por cuanto no consta la intervención de las existentes ni de correos electrónicos sin leer. Por tanto, únicamente queda, si somos concisos, el derecho a la protección de sus datos reservados, obviamente de mucha menor intensidad que el previsto para las personas físicas. Aún así, la solicitud y el auto han de contener una motivación específica y particularizada de este acceso, en cuanto a su motivación, necesidad y proporcionalidad. En conclusión, el acceso a la “nube” ha de ser solicitado específicamente, tratado en su singularidad y autorizado por el Juez con medidas de seguridad para asegurar su fiabilidad y seguridad.

Recientemente, por diversas STSJ Cataluña, de 1 de octubre de 2024, rec 1376/2023, ECLI:ES:TSJCAT:2024:8031, se ha podido asumir la interpretación sostenida por la STS referida de 25 de junio de 2024 y estimar que la inexistencia de motivación específica y particularizada para el acceso a datos contables existentes en la nube, invalida la utilización de los mismos y es más, en la propia diligencia de entrada ya se hace referencia por el propio administrador de la mercantil que “... *manifestó que allí no había ninguna documentación ni mercantil, ni contable, ni fiscal -cosa que pudieron comprobar los actuarios personados-y que toda la información electrónica estaba alojada en “La Nube”.*” (subrayado nuestro)”. No cabe acudir en ese momento a requerir al administrador para que identifique al proveedor de servicios de almacenamiento para que con posterioridad y en un momento ajeno a la diligencia se le requiera de información y aporte la información y datos. El acceso a esa información en la nube no se encuentra amparada por auto judicial ni por el consentimiento de titular de la información¹⁵.

IV. LUCES Y SOMBRAS

De la anterior Jurisprudencia fijada en orden a dar cobertura a una regulación precaria y obsoleta, cabe señalar diversos puntos significativos:

- 1) El Tribunal Supremo atiende, forzosamente, a una realidad consolidada como es la utilización ordinaria de sistemas de almacenamiento en servicios de datos contratados de información empresarial relevante para el cumplimiento de su función. La tesitura en la que se encuentra es que no cabe hacer una extensión automática de la regulación penal -contenida en el art. 588 sexies LECrm puesto que el supuesto de partida es distinto. En la vía penal se investiga un delito concreto y los datos contenidos en los dispositivos electrónicos pueden o no

¹⁵ En un examen más detallado del supuesto ahí planteado, la Inspección trató la información de la nube como si se tratara de cualquier otra no afectante al derecho fundamental y, por tanto, de obligada aportación por el tercero -servidor que aloja la información-, cuando tal información sólo debiera haber sido aportada tras verificar el consentimiento del titular o autorización judicial en un ejercicio de extensión de las garantías previstas para el DCP.

estar conectados con los hechos que se investigan, en cambio en la actividad de inspección tributaria se parte del examen de documentación e información en todo tipo de soportes que se utilicen¹⁶ con trascendencia tributaria. La diferencia conceptual es manifiesta.

- 2) Es posible que ahora se introduzca la petición de acceso a los “repositorios telemáticos” -la nube- de forma ciertamente estereotipada puesto que, de entrada, es posible que no pueda saberse si se están utilizando este tipo de servicios y en qué maneras se han contratado -existen actualmente diversas formas de prestación a requerimiento de la empresa receptora-. Justificar el acceso a los servidores va a determinar que se exprese en la solicitud que ante la insuficiencia o inexistencia de la información tributaria puede estar ésta residenciada en estos servicios cloud.
- 3) En los supuestos de acceso, captación y tratamiento de información en la nube, la posibilidad de discriminar por periodos regularizados e incluso por conceptos puede complicarse en atención a los diferentes contratos que existen, con lo que la opción para los actuarios va a ser exclusivamente el volcado y copia integra (copia-espejo).
- 4) Pueden existir supuestos en los que se desarrollen sistemas de borrado en remoto de los datos existentes en ordenadores y dispositivos que trabajan con datos almacenados en la nube, a partir de una mínima llamada o interacción con el proveedor. Esta circunstancia se podría salvar a través del requerimiento al proveedor -tercero- respecto a los servicios de almacenamiento súbitamente interrumpidos, a la vez que desarrolla la diligencia.
- 5) Servicio de custodia de lo captado a través de la nube. Es necesario que quede evidencia mediante una huella digital -hash- de lo intervenido, de forma que quede precintado, intervenido y etiquetado¹⁷. Son múltiples las denuncias que se materializan bajo este argumento de manipulación sobrevenida de la cadena de custodia y para ello ha de contarse con expresa referencia tanto en el acta como en el informe posterior de tal actuación de conservación.
- 6) Por último, y no menos importante, es la regulación de las medidas cautelares

16 Art. 142.1 LGT, señala: “...examen de documentos, libros, contabilidad principal y auxiliar, ficheros, facturas, justificantes, correspondencia con trascendencia tributaria, bases de datos informatizadas, programas, registros y archivos informáticos relativos a actividades económicas, así como mediante la inspección de bienes, elementos, explotaciones y cualquier otro antecedente o información que deba de facilitarse a la Administración o que sea necesario para la exigencia de las obligaciones tributarias

17 La inexistencia de certeza sobre la información extraída de un dispositivo electrónico en una diligencia de entrada por falta de huella digital, produce como efecto la nulidad de lo obtenido por la ausencia de base de las liquidaciones. STSJ Galicia 1 diciembre de 2021, rec 15691/2020, ECLI:ES:TSJGAL:2021:6963

en relación con la información alojada en la “nube”. Esta situación puede requerir previsiones claramente distintas o ajenas a la regulación actual al verse involucrados servicios prestados por terceros. Habría de analizarse con tiento esta situación para ver si es posible un resultado más perfilado y preciso, acorde a la verdadera naturaleza cautelar que las sustenta.

V. BIBLIOGRAFÍA:

-SANCHEZ MEDRANO, Francisco de Paula; “El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”. Revista Derecho y Proceso, nº 1, junio 2022, ISSN: 2591-844X

-SUBERBIOLA GARBIZU, Iruñe; “La entrada de la Inspección en el domicilio y en locales de negocio o establecimientos mercantiles de los obligados tributarios”; Capítulo 9, Documentos de trabajo 10/2021; IEF. I.S.S.N.: 1578-0244

-GARCÍA FRIAS, María Ángeles; “Luces y sombras de la reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre el acceso a un ordenador personal durante el desarrollo de un procedimiento de inspección tributaria (STS 3978/2023, de 29 de septiembre ECLI: ES:TS:2023:3978), Blog “Taxlandia”.