

EL CORRECTO AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS PREVIOS. ¿SER O NO SER UNA VÍA ÚTIL?: ESTA ES LA CUESTIÓN

Por

CARLOS PADRÓS REIG
Catedrático (Ac) de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona
Ex-Letrado del Tribunal Constitucional
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0002-9412>

carlos.padros@uab.cat

Revista General de Derecho Procesal 60 (2023)

RESUMEN: El Tribunal Supremo dictó una sentencia en el año 2018 donde se establecía la doctrina de la innecesariedad de los recursos en vía administrativa cuando la pretensión no podía ser atendida por la Administración. La construcción judicial determina que cuando el recurso no es útil, pese a ser procesalmente obligatorio, la falta de interposición no puede impedir continuar con otras acciones. En ese supuesto, un Tribunal no puede utilizar la inadmisión por falta de agotamiento o incorrecto agotamiento de las vías procesales previas. Esta novedad, pese a su innegable buena intención, provoca ciertos problemas en la regulación del acceso a la justicia constitucional (incidente de nulidad previo) y a la justicia internacional europea (recurso de amparo previo). En nuestra opinión, el juicio de utilidad respecto de la pretensión no debe prevalecer sobre la ordenación legal del proceso.

PALABRAS CLAVE: Recursos en vía administrativa; inadmisión por incorrecto agotamiento de la vía previa; incidente de nulidad de actuaciones; utilidad del recurso de amparo objetivo; relación justicia constitucional-TEDH.

SUMARIO. I. Planteamiento. II. Los casos resueltos por las sentencias. III. La doctrina TJUE sobre los Tribunales económico-administrativos. IV. La similar doctrina sobre las autoridades nacionales de competencia. V. Las soluciones diametralmente opuestas de las SSTs. VI. Utilidad, prosperabilidad y efectividad. La vis expansiva de lo visto hasta ahora. VI.1. El incidente de nulidad de actuaciones. VI.2. El recurso de amparo constitucional y el acceso a la protección de los Derechos Fundamentales en la jurisdicción europea. VII. Bibliografía.

PROPER EXHAUSTION OF LEGAL REMEDIES. TO BE OR NOT TO BE A USEFUL REMEDY?: THIS IS THE QUESTION

ABSTRACT: The Spanish Supreme Court issued a ruling in 2018 establishing the doctrine of the unnecessaryness of administrative review when the claim could not be materially addressed by the Administration. The judicial construction determines that when the appeal is not useful, despite being procedurally mandatory, the lack of lodging the administrative claim cannot prevent continuing with other legal actions. In this case, a Court cannot use inadmissibility due to non-exhaustion or incorrect exhaustion of the previous procedural remedies. This novelty, despite its undeniably good intention, causes several problems in the regulation of access to constitutional

justice (mandatory and previous action for annulment before ordinary Courts) and to European international justice (previous amparo appeal before ECHR). In our opinion, judicial examination of remedy's utility should not prevail over the procedural rules.

KEYWORDS: Administrative review; inadmission due to wrong exhaustion of available remedies; action for annulment; usefulness of amparo review; interaction constitutional justice - ECHR.

I. PLANTEAMIENTO

En la enseñanza de lenguas extranjeras se estudian los “*false friends*” que son aquellas palabras que por su semejanza con otras de nuestra propia lengua, dan lugar a equívocos o traducciones incorrectas. La similitud o proximidad es meramente formal, pero el significado es completamente diverso. Así, en inglés a “sensible man” es un hombre sensato que no sensible; “an argument” es una discusión, no un argumento o “success” debe traducirse por éxito o triunfo, no por suceso.

Lo mismo sucede con la alegación en un proceso de precedentes similares ya resueltos en otras causas. Al leer la sentencia TS 1336/2021 de 16 de noviembre de 2021 (ponente Berberoff Ayuda), se observa como la defensa letrada de la recurrente trasladó el razonamiento de la anterior jurisprudencia de la Sala III vertida en su STS 815/2018, de 21 de mayo de 2018 (ponente Huelin Martínez de Velasco). En ambos casos se discute la necesidad de transitar una fase administrativa de recurso ante la Administración (reclamación económico-administrativa o recurso de reposición respectivamente) a efectos del correcto agotamiento de los recursos previos a la instancia. Pero las soluciones de uno y otro caso son completamente distintas. Se trata de analizar ahora el porqué de esa disparidad y sus consecuencias.¹

II. LOS CASOS RESUELTOS POR LAS SENTENCIAS

En la **STS 815/2018 de 21 de mayo** ², se resuelve en casación una cuestión tributaria relativa al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (figura tributaria conocida vulgarmente como plusvalía municipal).

¹ Me pone sobre la pista del tema la profesora NIETO GARRIDO, E. en “La (in)necesaria reclamación económico administrativa basada en la infracción del derecho de la UE. A propósito de la STS 1336/2021, de 16 de noviembre” Disponible en <https://www.politica-fiscal.es/invitados/la-in-necesaria-reclamacion-economico-administrativa-basada-en-la-infraccion-del-derecho-de-la-ue-a-proposito-de-la-sts-1336-2021-de-16-de-noviembre>. Igualmente, mi compañero Letrado del Tribunal Constitucional Carlos Ortega Carballo me ha guiado con la última jurisprudencia TEDH sobre la relación entre recurso de amparo y demanda ante la jurisdicción europea, tema sobre el que está especialmente cualificado. Mi reconocimiento y gratitud por su amable generosidad.

² ECLI:ES:TS:2018:2054. Sala III, Sección 2ª. Ponente Huelin Martínez de Velasco. Recurso de casación 113/2017 contra sentencia de la Sala Contencioso-administrativa del TSJ de Extremadura.

En 2015 el Ayuntamiento de Cáceres giró a una entidad mercantil una liquidación en concepto de impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana por una cuantía de 163.491,65 euros, como consecuencia de una transmisión de terrenos efectuada en escritura pública.

En disconformidad con el acto de liquidación, la sociedad acudió directamente a la vía jurisdiccional mediante escrito presentado el 9 de noviembre de 2015, sin interponer antes el preceptivo recurso de reposición, argumentando su pretensión exclusivamente en el hecho que la venta no había producido ningún incremento del valor del terreno transmitido. Si no existía tal ganancia la aplicación del gravamen resultaría inconstitucional, puesto que la regulación legal del mencionado tributo local (en la LRHL) prevé su liquidación también en los casos donde o no haya habido ningún incremento, o incluso si el valor de venta resulta inferior al de compra. El tributo se aplica mediante un cálculo que multiplica el número de años de tenencia del inmueble por un coeficiente. Faltaría con ello la más elemental expresión de capacidad económica de los hechos imponibles. La demanda solicitaba al Juzgado el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en relación con artículo 107 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (BOE de 9 de marzo).

El JCA número 2 de Cáceres dictó sentencia inadmitiendo el recurso presentado, al apreciar que, en el procedimiento administrativo previo, no se había agotado correctamente la vía administrativa que obliga a combatir la liquidación emitida por la entidad local mediante el preceptivo recurso de reposición. (SJCA nº 2 de Cáceres de 22 de septiembre de 2016. Procedimiento Ordinario 177/2015).

En disconformidad con la resolución judicial de instancia, la recurrente interpuso recurso de apelación, que fue igualmente desestimado en la STSJExt. 218/2016, de 22 de diciembre de 2016³ sentencia contra la que se dirige precisamente el recurso de casación que resuelve el TS. A juicio de la Sala de apelación, al establecer el ordenamiento jurídico el carácter preceptivo del recurso en materia tributaria, no puede la parte ignorar esa obligación legal antes de acudir a la jurisdicción. Tampoco puede pretenderse en sede jurisdiccional la elevación de cuestión de inconstitucionalidad puesto que la revisión judicial se circunscribe al acto administrativo y no se extiende a la legislación que ordena su adopción. Se rechaza así que pueda «constituir pretensión de la parte demandante el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad», pues «el ámbito del recurso contencioso-administrativo son exclusivamente los actos y disposiciones generales (artículos 1 y 25 LJCA), no siendo impugnables ante esta

³ ECLI:ES:TSJEXT:2016:961.

jurisdicción la Ley, cuya fiscalización está reservada al Tribunal Constitucional». Nótese la sutil diferencia entre la legitimidad de los órganos administrativos para elevar cuestión de inconstitucionalidad y la misma legitimidad de los órganos jurisdiccionales en tanto que revisores de la legalidad del acto, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

El Tribunal Supremo admitió el recurso de casación por Auto de 6 de julio de 2017⁴, considerando que concurría el requisito del interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, previsto en el artículo 88.3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la cuestión jurídica consistente en determinar: «Si, cuando se discute exclusivamente la inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas que dan cobertura a los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de Derecho Público de las entidades locales, cuestiones respecto de las que éstas no pueden pronunciarse por carecer de competencia para ello, resulta obligatorio agotar con carácter previo la vía administrativa, formulando recurso de reposición, o si, en tales casos, el interesado puede interponer directamente recurso contencioso-administrativo».

La sentencia estima el recurso y casa y anula las sentencias de instancia. En los casos como el descrito, se fija la siguiente doctrina legal: «no resulta obligatorio interponer, como presupuesto de procedibilidad del ulterior recurso contencioso-administrativo, el correspondiente recurso administrativo previsto como preceptivo en los casos donde se discute ante la Administración exclusivamente la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que dan cobertura a los actos de aplicación de los tributos y restantes ingresos de Derecho Público de las entidades locales.» Y el razonamiento es que, respecto de tal pretensión, dichas entidades carecen de competencia para pronunciarse o para proponerla a quien tiene competencia para ello, quedando constreñidas a aplicar la norma legal de que se trate. Por tanto, la inadmisión del recurso contencioso en la instancia no era acorde a Derecho y se retrotraen las actuaciones al JCA nº 2 para que vuelva a dictar sentencia sobre el fondo.

En la **STS 1336/2021, de 16 de noviembre**⁵, la Administración giró a una entidad sujeta una liquidación por el concepto de impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (IVPEE), tal y como se regula la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética. El IVPEE es un tributo medioambiental, directo y real que grava la realización de las actividades de producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, medida en barras de central, a

⁴ ECLI:ES:TS:2017:7989A.

⁵ ECLI:ES:TS:2021:4371. Sala III, Sección 2ª. Ponente Berberoff Ayuda. Recurso de casación 2871/2020 contra sentencia de la Sala Contencioso-administrativa de la Audiencia Nacional.

través de las instalaciones referidas en el Título IV de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

En disconformidad, la entidad presentó recurso ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional quien lo desestimó. Sin recurrir en alzada dicha resolución ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, se presentó recurso ordinario ante la Sección séptima de la Sala contencioso-administrativa de la Audiencia Nacional. Por Auto de 31 de octubre de 2019 (confirmado el 21 de enero de 2020), la Sala inadmitió el recurso al apreciar que no se había agotado correctamente la vía económico-administrativa previa al acceso a la jurisdicción.

En el Auto de admisión del recurso de casación contra la resolución de inadmisión de la AN (ATS 10367/2020 de 5 de noviembre de 2020)⁶ se detalla que “ (...) procede admitir a trámite este recurso de casación, precisando que la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar, si a la vista de la sentencia TJUE de 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C-274/2014, resulta preciso agotar la vía económico-administrativa previa con anterioridad a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la decisión sobre el fondo del asunto, a los efectos de constatar la adecuación de una determinada actuación tributaria al Derecho de la Unión Europea, pueda depender, exclusivamente, de una concreta decisión sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión.

Es preciso indicar que la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C-274/2014, ha declarado que no cabe que el TEAC pueda plantear una petición de decisión prejudicial, ya que no puede calificarse a dicho organismo de "órgano jurisdiccional" a efectos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, toda vez que los tribunales económico-administrativos no cumplen con la exigencia de independencia, en su aspecto interno, que caracteriza a los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, conviene tener presente que dicha sentencia pone de relieve también en su apartado 78, que el hecho de que los tribunales económico-administrativos españoles no sean "órganos jurisdiccionales" a los efectos del citado artículo 267 TFUE no los exime de la obligación de garantizar la aplicación del Derecho de la Unión al adoptar sus resoluciones e inaplicar, en su caso, las disposiciones nacionales que resulten contrarias a las disposiciones de Derecho de la Unión dotadas de efecto directo, ya que esa obligación recae sobre el conjunto de autoridades nacionales competentes y no solamente sobre las autoridades judiciales, evocando, a estos efectos, la jurisprudencia sentada por las sentencias de 22 de junio de 1989, Costanzo, C-103/88, apartados 30 a

⁶ ECLI:ES:TS:202010367A.

33; de 14 de octubre de 2010, Fuß, C-243/09, apartados 61 y 63, y de 4 de diciembre de 2018, Minister for Justice and Equality y Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, apartados 36 y 38.

(...)

Sin embargo, de la literalidad del referido apartado 78 de la sentencia Banco de Santander se infiere sin dificultad que, en su condición de poder público a la hora de abordar la adecuación de los actos, resoluciones o normas nacionales al derecho de la Unión, los órganos económico-administrativos no se encuentran sin más "constreñidos a aplicar" el derecho nacional ni deben someterse sin discusión alguna a sus dictados, pues tienen la obligación de "garantizar la aplicación del Derecho de la Unión", a través, entre otros, de los mecanismos que enuncia el propio TJUE como el de la inaplicación - en determinadas circunstancias- de las disposiciones nacionales contrarias al Derecho de la Unión o, más allá de los explícitamente apuntados por la referida sentencia, a través del principio de la interpretación conforme.

Pues bien, pese a ello, convendría aclarar si la ausencia de legitimación de los tribunales económico-administrativos a los efectos del 267 TFUE, permitiría constatar el carácter ineficaz de la vía económico administrativa -y, por ende, la innecesariedad de agotarla-, cuando la resolución de la controversia pudiera depender, exclusivamente, de una concreta decisión sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión, teniendo en consideración (i) el paralelismo que el recurso esboza entre el agotamiento de la vía administrativa, a través del recurso de reposición interpretado por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2018 y el agotamiento de la vía económico-administrativa, a través de la interposición del recurso de alzada ante el TEAC; (ii) que hasta el momento el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la proyección y las consecuencias que pudieran derivarse de la sentencia del TJUE 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C-274/2014 ; y (iii) que el asunto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2018 resultaba ajeno al parámetro de enjuiciamiento que proporciona el derecho de la Unión." (FJ 3º)

III. LA DOCTRINA TJUE SOBRE LOS TRIBUNALES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS

Desde siempre se ha caracterizado el sistema jurisdiccional europeo por las notas de cooperación y ordenación no jerárquica. En el segundo aspecto, el TJUE es el último intérprete del DUE cuya efectividad depende de la aplicación por el juez nacional como juez común europeo. De ello deriva que el Tribunal europeo no se coloca en una posición jerárquicamente superior a las instancias nacionales aunque siempre tendrá la última palabra y sus resoluciones gozan de aplicabilidad y primacía como fuente que son

del ordenamiento UE. En el primer aspecto, en su diseño inicial, el mecanismo de la cuestión prejudicial se configura como voluntario (excepto para los órganos jurisdiccionales nacionales contra los que no quepa ulterior recurso) y disponible para cualquier juez nacional con independencia de grado o instancia. Seguramente, los padres fundadores se dieron cuenta de que debían garantizar la posibilidad de pronunciamientos interpretativos europeos concediendo más facilidad para elevar cuestiones prejudiciales al juez inferior.⁷ Cualquier órgano judicial puede elevar cuestión prejudicial sin necesidad de agotar la vía previa.

La definición del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es autónoma con respecto a la de los derechos nacionales de los estados miembros.⁸ La cuestión pues es que, en esa voluntad de garantizar protagonismo de la jurisdicción europea, la definición de lo que deba entenderse como "órgano judicial" nacional ha sido tradicionalmente generosa, exigiendo el DUE las características de: creación legal; obligatoriedad de la jurisdicción; carácter contradictorio del procedimiento; aplicación de normas legales e independencia). Esta concepción tan útil en los inicios del DUE, empieza a restringirse en tiempos recientes.⁹ Veamos dos ejemplos que afectan directamente a España: las autoridades nacionales de competencia y los tribunales económico-administrativos.

⁷ La sentencia Aziz (STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 As. C-415/11), constituye un magnífico ejemplo de ello, donde un juez unipersonal de lo mercantil logra un pronunciamiento judicial europeo sobre la abusividad de ciertas cláusulas de los préstamos hipotecarios cuya legalidad siempre había sido avalada por la doctrina TS, así como de las facultades del juez nacional que conozca del proceso declarativo para declarar nulas dichas cláusulas abusivas.

⁸ Para apreciar si el organismo remitente tiene carácter de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia deberá tener en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. Además, los órganos jurisdiccionales nacionales solo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional (STJUE de 31 de mayo de 2005, Syfait y otros. As. C-53/03).

⁹ El siempre brillante AG Dámaso Ruiz-Jarabo ya advertía de esta deriva en las conclusiones presentadas al asunto De Coster en 2001, a propósito del carácter jurisdiccional o menos del *Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale* en un asunto tributario. (Conclusiones de 28 de junio de 2001, As. C-17/00, De Coster). En ellas se alertaba del "progresivo relajamiento que se observa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con el requisito de la independencia" advirtiendo que el Tribunal de Justicia "ha ido muy lejos en la interpretación de este elemento fundamental de la función jurisdiccional y lo ha desfigurado" hasta el punto que "sus sentencias ilustran la falta de señalización en el camino, con el consiguiente riesgo de extravío" censurando su jurisprudencia por "casuística, muy elástica y poco científica, con unos contornos tan difusos que admitiría una cuestión prejudicial". De hecho las conclusiones proponen elevar la cuestión al Pleno. El Tribunal no siguió en esta ocasión la propuesta del AG y declaró que la ordenanza municipal que gravaba la instalación de antenas parabólicas era contraria al art. 49 TCE.

En el asunto *Gabalfrisa y otros* (STJUE de 21 de marzo de 2000. As. C-110/98) el Tribunal de Justicia reconoció -a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales- la condición de órgano jurisdiccional al Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña, al considerar que la "separación funcional entre los servicios de la Administración Tributaria responsables de la gestión, liquidación y recaudación" de los impuestos, por una parte, y, por otra, dicho órgano revisor, que resuelve las "reclamaciones presentadas contra las decisiones de dichos servicios sin recibir instrucción alguna de la Administración Tributaria" (apartado 39). Nótese el paralelismo del razonamiento con la anteriormente citada STJUE 16 de julio de 1992, *Asociación Española de Banca Privada y otros*. As. C-67/91.

En la **STJUE (Gran Sala) de 21 de enero de 2020. As. C.274/14 Banco de Santander**, puede apreciarse un *overruling* parecido, ahora relativo a la vía económico-administrativa previa al acceso a la jurisdicción. Transcurridas dos décadas desde el asunto *Gabalfrisa*, el Tribunal de Justicia declara ahora en el caso *Banco de Santander* que una cuestión prejudicial planteada por el TEAC relativa a la deducción fiscal del fondo de comercio, es inadmisibile, al apreciar que no pueden calificarse los órganos económico-administrativos como "órgano jurisdiccional" a los efectos del artículo 267 TFUE.

Como indica la STS 1336/2021, el TEAC cumpliría los criterios del origen legal, la permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento y la aplicación por dicho organismo de normas jurídicas. Sin embargo, por lo que se refiere al criterio de independencia, se abandonan los criterios de *Gabalfrisa* y otros, sobre la base de su jurisprudencia más reciente, relativa a la independencia de los órganos judiciales (casos relativos a Polonia) argumentando lo siguiente:

- que la independencia resulta esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial de remisión prejudicial porque tal mecanismo únicamente puede activarlo un órgano competente para aplicar el Derecho de la Unión, que se atenga, entre otros, al criterio de independencia (sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, apartado 43).

- que el concepto de "independencia", desde una perspectiva de índole externa, comporta el ejercicio de funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a nadie y sin recibir órdenes ni instrucciones, cualquiera que sea su procedencia, estando así protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios de los que

conozca e influir en sus decisiones (sentencia Associação Sindical dos Juízes Portugueses, apartado 44 y jurisprudencia citada).

- que la inamovilidad de los miembros del órgano constituye una garantía inherente a la independencia judicial (sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C-506/04, apartado 51, y sentencia Associação Sindical dos Juízes Portugueses, apartado 45); principio que solo puede ser objeto de excepciones cuando existan motivos legítimos e imperiosos que lo justifiquen y siempre que se respete el principio de proporcionalidad (sentencia de 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, apartado 76) reclamando que los supuestos de cese estén previstos en una normativa específica, mediante disposiciones legales expresas que ofrezcan garantías superiores a las previstas por las normas generales del Derecho administrativo y del Derecho laboral que resulten aplicables en caso de cese abusivo (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 2014, TDC, C-222/13, apartados 32 y 35).

- que la "independencia", desde su dimensión interna, se asocia al concepto de "imparcialidad" -entendida como equidistancia que debe guardar el órgano respecto a las partes y a sus intereses respectivos en relación con el objeto del litigio-, exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés que no sea el de la estricta aplicación de la norma jurídica (sentencia de 16 de febrero de 2017, Margarit Panicello, C-503/15, apartado 38).

- que el concepto de "independencia", inherente a la función de juzgar, implica ante todo que el órgano de que se trate tenga la calidad de tercero con respecto a la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida (sentencias de 30 de marzo de 1993, Pierre Corbiau, C-24/92, apartado 15, y sentencia TDC, apartado 29).

- que tales garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio (sentencia TDC, apartado 32).

A partir de lo expuesto, el Tribunal de Justicia aprecia que los tribunales económicos-administrativos no cumplen los parámetros de independencia para ser considerados "órgano jurisdiccional" a los efectos del artículo 267 TFUE (párrafos 64-77 STJUE).¹⁰

A nuestro modesto entender se produce una aplicación desviada de la solución a un conflicto sobre los valores fundamentales de la Unión (independencia judicial y riesgo de politización de un poder del Estado que debe ser independiente y ejercer sus funciones al margen de las opciones partidistas) para otro conflicto cuyo nudo jurídico es completamente distinto: la utilidad de la justicia administrativa y su relación con el acceso del ciudadano a una revisión judicial de manera efectiva y rápida. Para lograr restringir el acceso al Tribunal y arrinconar los órganos de revisión económico-administrativa, la sentencia Banco de Santander, mezcla interesadamente dos problemas de naturaleza esencialmente distinta.

IV. LA SIMILAR DOCTRINA TJUE SOBRE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA

En la **STJUE (Sala Novena) de 16 de septiembre de 2020. As. C-462/19 Anesco**, el Tribunal declaró la inadmisibilidad de una cuestión prejudicial elevada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Efectivamente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) incoó un expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia contra la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias de Buques (Anesco) y contra varios sindicatos por la celebración de un convenio colectivo que imponía una subrogación en la contratación de trabajadores para la prestación del servicio portuario de estiba debido a que dicho convenio podría ser contrario al artículo 101 TFUE y a la normativa nacional.¹¹

Hay que tener en cuenta que el caso fue en parte ya analizado en la STJUE de 11 de diciembre de 2014, Comisión/España. As. C-576/13 y que el Reino de España adoptó, para dar cumplimiento a la resolución europea recaída en recurso de incumplimiento, el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de estiba. Esta norma establece la libertad de contratación de trabajadores portuarios para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y precisa, en esencia, que, para la prestación de dicho servicio, no es necesario que las empresas que prestan el servicio portuario de

¹⁰ HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. (2021). "Los órganos de revisión económico-administrativa y el derecho comunitario. Su posición en el diálogo prejudicial con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea" en CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, I. (Dir) *Estudios en homenaje al profesor Luis María Cazorla Prieto*. Thomson Reuters Aranzadi. Vol. II pp. 875-889.

¹¹ Expediente sancionador S/DC/0619/17. Disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc061917>

manipulación de mercancías participen en el capital de una sociedad de gestión de estibadores portuarios. La norma concede un período transitorio de adaptación de 3 años.

El 29 de marzo de 2019, el Reino de España adoptó el Real Decreto-ley 9/2019, de 29 de marzo, por el que se modificaba la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se concluye la adaptación legal del régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (BOE n.º 77, de 30 de marzo de 2019, p. 32836). Esta norma ofrecía, durante el período transitorio, la posibilidad de prever, mediante acuerdos o convenios colectivos, una subrogación obligatoria del personal de las sociedades de gestión de estibadores portuarios en el caso de que las empresas de manipulación de mercancías decidieran dejar de formar parte de ellas o se produjese su desaparición. La CNMC consideraba que la adopción de ese acto, que tiene rango de ley, tuvo como efecto ampliar el plazo en el que era posible el ejercicio del derecho de separación de las sociedades de gestión hasta el final del período transitorio previsto en el Real Decreto-ley 8/2007, es decir, hasta el 14 de mayo de 2020.

En el seno del procedimiento, el órgano nacional elevó cuatro cuestiones prejudiciales en virtud del artículo 267 TFUE, al presentarse dudas acerca de la conformidad, por una parte, de los convenios colectivos que modifican el IV Acuerdo Marco Estatal y, por otra, del Real Decreto-ley 9/2019 con el artículo 101 TFUE.

Para el TJUE, “el procedimiento sancionador ante la CNMC se sitúa al margen del sistema jurisdiccional nacional y no forma parte del ejercicio de las funciones jurisdiccionales. En efecto, la resolución de la CNMC que pone fin al procedimiento es una resolución de carácter administrativo que, aun siendo firme e inmediatamente ejecutiva, no goza de los atributos de una resolución judicial, especialmente de la fuerza de cosa juzgada (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de febrero de 2017, *Margarit Panicello*, As. C-503/15, apartado 34 y jurisprudencia citada).

El carácter administrativo del procedimiento de que se trata en el litigio principal se ve también confirmado por el artículo 29, apartado 4, de la Ley de creación de la CNMC, que prevé que la adopción de una resolución por el Consejo de la CNMC pondrá fin a la denominada «vía administrativa». Asimismo, en virtud del artículo 48, apartado 1, de la Ley de Defensa de la Competencia, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo contra la antedicha resolución, en el curso del cual, como, en particular, ha precisado en sus observaciones escritas el Gobierno español, la CNMC actuaría como parte demandada en el marco del procedimiento judicial en primera instancia ante la Audiencia Nacional o como parte recurrente o recurrida en el supuesto de que se

interpusiese recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional ante el Tribunal Supremo.” (párrafos 48 y 49).

En contraste con esta resolución, el TJUE había admitido la posibilidad del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia de actuar como órgano jurisdiccional a los efectos del art. 177 TCEE (hoy 267 TFUE) en su STJUE 16 de julio de 1992, Asociación Española de Banca Privada y otros. As. C-67/91. La cuestión de la naturaleza administrativo o judicial del Tribunal de Defensa de la Competencia no se planteó en el juicio de admisibilidad. Es evidente que la sentencia de 1992 se dictó estando vigente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia y su organización (separación entre servicio de defensa de la competencia (SDC) y Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)). Pero esta separación funcional entre instrucción y enjuiciamiento - que se mantiene en el seno de Ley de creación de la CNMC - no hace que el procedimiento sea más judicial que administrativo. Tan administrativo era el procedimiento de 1992 como el de 2020.

Junto con la naturaleza del procedimiento, la sentencia cuestiona también la falta de independencia de los órganos CNMC (párrafos 38-39) Se olvida, sin embargo, que en 1992, el Tribunal de Defensa de la Competencia, era un órgano adscrito al Ministerio competente por razón de la materia, cuya composición era de un Presidente y ocho Vocales, nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, entre juristas, economistas y otros profesionales de prestigio con más de quince años de ejercicio profesional. Lo mismo que ahora se reprocha (el Consejo de la CNMC guarda con la Dirección de Competencia de esta, una relación orgánica y funcional), pudo decirse en 1992. Nada que ver entonces ni antes ni ahora con la independencia propia de un órgano judicial, excepto cierta confusión con el *nomen iuris*.

No es aventurado adelantar que cuestiones similares pueden plantearse en el caso de la posición de los Tribunales administrativos de recursos contractuales y su independencia.¹²

V. LAS SOLUCIONES DIAMETRALMENTE OPUESTAS DE LAS SSTs

La STS 815/2018 (plusvalía municipal) ofrece una perspectiva desde el punto de vista de la inconstitucionalidad de las leyes y de los medios o mecanismos para promover dicha inconstitucionalidad. Para el TS: “[l]as administraciones públicas, todas y cualquiera de sus órganos, carecen de esa facultad en el seno de los procedimientos

¹² VILALTA REIXACH, M. (2022). “Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.” *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 119-136. <https://doi.org/10.24965/reala.11104>. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/11104/12313>

para adoptar sus decisiones singulares, ya inicialmente, ya en vía de recurso. Ante la ley deben someterse sin discusión alguna, ni siquiera pueden cuestionar su validez para que el Tribunal Constitucional, que al efecto goza de un monopolio exclusivo y excluyente, se pronuncie. Por lo tanto, un recurso administrativo de reposición sustentado exclusivamente en la inconstitucionalidad de la norma legal que da cobertura al acto administrativo impugnado resulta manifiestamente inútil e ineficaz para obtener el resultado querido. Ante tal planteamiento, al órgano administrativo llamado a resolverlo no le queda otra opción que desestimarlos por no poder pronunciarse sobre los fundamentos de la pretensión impugnatoria, incluso en el hipotético caso de que los comparta.”

De este modo, al analizar si resultaba o no obligatorio agotar con carácter previo la vía administrativa, formulando recurso de reposición, se establece como doctrina que “[c]uando se discute exclusivamente la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que dan cobertura a los actos de aplicación de los tributos y restantes ingresos de Derecho Público de las entidades locales, cuestión respecto de la que éstas carecen de competencia para pronunciarse o para proponerla a quien tiene competencia para ello, quedando constreñidas a aplicar la norma legal de que se trate, no resulta obligatorio interponer, como presupuesto de procedibilidad del ulterior recurso contencioso-administrativo, el correspondiente recurso administrativo previsto como preceptivo”.

Efectivamente, obligar al ciudadano a transitar una vía que es manifiestamente inútil, aunque obligatoria desde el punto de vista procedimental, resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. Aunque la protección judicial del ciudadano sea un derecho de configuración legal, prevalece la eficacia sobre el cumplimiento del requisito legal. O lo que es lo mismo, el fin sobre el medio. “Tal es el alcance que ha de otorgarse al artículo 25.1 LJCA cuando dispone que el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos que pongan fin a la vía administrativa. Como quiera que ponen fin a la vía administrativa los actos resolutorios de los recursos administrativos preceptivos, para acudir a la vía jurisdiccional resulta menester haber interpuesto el recurso pertinente [vid. artículos 107.1 , 109.a) y 114.1 LPAC]. Si no se hace así, la acción contencioso-administrativa puede ser rechazada *in limine litis* por falta de agotamiento de la vía administrativa previa (vid. artículos 51.1.a) , 58 , 59.4 y 69.c) , en relación con el artículo 25.1 , todos de la LJCA).

Una resolución con tal pronunciamiento, debidamente motivada y razonada, sería totalmente respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE, en su manifestación del derecho al recurso. Este derecho fundamental, de configuración legal, es compatible con una resolución judicial de inadmisión fundada

en una causa prevista en la ley, aplicada razonada y razonablemente. Sólo serían constitucionalmente repudiabiles aquellos pronunciamientos judiciales de inadmisión sostenidos en un motivo legalmente inexistente o mediante un juicio arbitrario, irrazonable o fundado en un error fáctico patente (por todas, vid SSTC 126/1984, FJ 2º ; 37/1995; FJ 5º y 115/2017).” (FJ 2).

No cabe duda de que un órgano administrativo ni puede dejar de aplicar un precepto legal (art. 108 LRHL) por su sospecha de inconstitucionalidad ni tampoco tiene a su disposición un mecanismo para arrinconar (inaplicar) la norma. Pese a ello, el recurso de reposición sigue siendo igualmente preceptivo. Prevalece la obligación procedimental sobre la prosperabilidad de la pretensión dado el mecanismo. “si el establecimiento de una vía de recursos administrativos previa al ejercicio de la acción jurisdiccional es una decisión del legislador ordinario, que no deriva directamente de la Constitución, pero que, en la medida en que así se establezca, viene a integrarse en las condiciones de ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (que, insistimos, lo es de configuración legal), cabe preguntarse por el ajuste al contenido esencial del mencionado derecho fundamental de una interpretación de los recursos administrativos preceptivos que los conviertan en un "peaje" que ineluctablemente deben pagar los administrados antes de poder impetrar la tutela judicial (artículo 24.1 CE) y hacer efectivo el control que demanda el artículo 106.1 CE, incluso en situaciones en las que, manifiestamente, el recurso administrativo no puede dar satisfacción bajo ninguna circunstancia a la pretensión del recurrente” (FJ 2º).

La importante sentencia del TS hace prevalecer la utilidad de la vía de recurso como mecanismo de protección del ciudadano. Debe reconocerse que incluso como vía de protección de la Administración, tampoco resultaría eficaz puesto que el órgano administrativo que liquida la plusvalía no puede dejar de hacerlo en las condiciones legales del momento (anterior al pronunciamiento de inconstitucionalidad).¹³ Cuando el legislador establece una condición procesal (vía administrativa de recursos preceptivos) elige una opción legítima en el ejercicio de su libertad de configuración, siempre que respete la tutela judicial del art. 24 CE. “Cualquiera que sea el modelo elegido, no se demore de manera injustificada y desproporcionada el, ahora sí, constitucionalmente ineludible control jurisdiccional (artículos 106.1 y 153.c) CE), obstaculizando y

¹³ Sobre la cuestión que referimos, han recaído varias SSTC del Pleno: STC 26/2017 , de 16 de febrero; STC 37/2017 , de 1 de marzo y STC 48/2017 , de 27 de abril. Pero no es hasta la STC 182/2021 , de 26 de octubre, cuando se declara la inconstitucionalidad y nulidad del impuesto según su regulación en arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004 , de 5 de marzo. La primera de todas ellas (STC 26/2017) resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el JCA nº 3 de Donostia. Por Providencia TC de 28 de abril de 2015 fue admitida a trámite y dicha admisión se publicó en el BOE nº 112 de 10 de mayo de 2015.

retrasando sin razón objetiva suficiente la satisfacción del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de quienes combaten las disposiciones y actos administrativos que les conciernen (artículo 24.1 CE). El diseño de un sistema de recursos administrativos preceptivos, previos al ejercicio de la acción jurisdiccional, se justifica en dar a la Administración autora de un acto o de una disposición la posibilidad de satisfacer la pretensión del administrado afectado por los mismos y que los discute, sin necesidad de acudir a la jurisdicción (vid., en relación con las reclamaciones administrativas previas, SSTC 120/1993; FJ 3º y 275/2005; FJ 4º).

Por consiguiente, si para el ejercicio de la acción jurisdiccional frente a una Administración pública se exigiera a los ciudadanos la interposición de un recurso administrativo que se revelara manifiestamente ineficaz para el éxito de su pretensión, cabría concluir, en la medida en que la formulación del recurso se erigiría en una carga procesal para el demandante como presupuesto de viabilidad de su acción jurisdiccional (vid. SSTC 108/2000; FJ 4º, 275/2005; FJ 4º) y 75/2008; FJ 4º), que esa carga, en cuanto inútil, negaría la razón que justifica su imposición, deviniendo desproporcionada y vulneradora del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, al tiempo que desconocería el mandato del artículo 106.1 CE, que impone un efectivo control jurisdiccional de la actuación administrativa. Este último precepto constitucional exige que los instrumentos procesales se articulen de manera que hagan posible una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas (vid. STC 238/1992; FJ 6º), plenitud incompatible con demoras impuestas por la interposición de recursos en vía administrativa manifiestamente ineficaces e inútiles para dar cumplimiento al fin que los justifica." (FJ 3º)

A nadie se le escapa que esta construcción TS contiene una definición del alcance del art. 24 CE más propia del TC que del propio TS. De hecho, una cuestión similar se había planteado ante el Tribunal Constitucional con motivo del examen de la obligatoriedad del acto de conciliación previo a la interposición de demanda laboral ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC). En la STC 81/1992, de 28 de mayo se establece que "como es sabido, el acto de conciliación constituye un método autocompositivo de solución de los conflictos intersubjetivos de naturaleza disponible, en el que las partes, a través de la intervención de un tercero, evitan el nacimiento o ponen fin a un litigio entre ellas surgido; de lo que se deduce que la conciliación puede configurarse como un requisito previo al proceso o sucederse una vez dicho proceso ha sido ya instaurado. La conciliación "pre-procesal" participa de las características del modelo de la justicia liberal y, de aquí, que fuera configurada como un auténtico presupuesto procesal de la demanda por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (antiguos arts. 460-480). Pero, debido a la circunstancia de que esta configuración de la

conciliación como requisito previo de la demanda pronto se reveló como un trámite dilatorio e ineficaz en la práctica, a partir de la reforma a la Ordenanza civil austriaca, de 1 de enero de 1888, (que supuso la primera consagración del modelo de la justicia "civil social"), la práctica totalidad de los Códigos Procesales Civiles y Laborales europeos y, entre ellos, naturalmente los nuestros (a partir de la reforma parcial a la L.E.C. de 1984 o de la nueva L.P.L. de 1990), decidieron derogar el carácter de presupuesto procesal del acto de conciliación y transformarlo en un acto "intraprocesal" en todos los procesos civiles y buena parte de los laborales, todo ello sin perjuicio de que los partes puedan instar, con carácter potestativo, el acto de conciliación con anterioridad a la interposición de la demanda.

En cualquier caso, la conciliación, como los demás medios autocompositivos, desde siempre ha tenido como límite infranqueable la propia vigencia del principio dispositivo. En aquellas contiendas en las que esté comprometido el interés u "orden público" (cfr. arts. 6.2º, 1.814 del C.C.) las partes no son absolutamente dueñas de poder disponer, a través de la conciliación, de los derechos o intereses en conflicto. Pues, bien, dentro del estándar "orden público" hay que reputar hoy incluidas las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales (SSTC 276/1983, 19/1985, 199/1987, 39/1988, 54/1989 ...) de entre las que se encuentra, naturalmente, el derecho a la libertad sindical del art. 28.1 de la C.E." (FJ 4º).

Sea como fuere, ante la duda que plantea el argumento casacional ante el TS, lo esperable hubiera sido la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de la Sala III TS respecto del art. 108 LRHL. De hecho, la construcción que hace el TS, no es la única posible desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva. En la STC 275/2005, de 7 de noviembre, se examina un recurso de amparo ante la inadmisión judicial de un recurso en materia tributaria por no haber utilizado la vía económico-administrativa previa. En la desestimación del amparo, el Tribunal aprecia que: "pese a tratarse de una dificultad en el acceso a la jurisdicción ordinaria, que además en ningún caso se ve impedida, se justifica, esencialmente, en razón de las especiales funciones y tareas que la Administración tiene encomendadas en el ordenamiento constitucional, por la finalidad que persigue ese presupuesto procesal, que permite poner en conocimiento de la propia Administración el contenido y fundamento de la pretensión, dándole la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando así acceder a la vía judicial y descargando por ello al recurrente de los costes derivados de acudir al proceso para obtener la satisfacción de su pretensión (STC 217/1991, de 14 de noviembre, FJ 5; también, entre otras muchas, SSTC 108/2000, de 5 de mayo, FJ 4; y 12/2003, de 28 de enero, FJ 5)." (FJ 4º).

En esta misma línea, no pueden ignorarse las conclusiones de la AG Juliane Kokott de 30 de marzo de 2017 en el asunto C-73/16. En el examen de compatibilidad de la obligatoriedad de la vía administrativa previa a la judicial y de la imposición de tasas para la misma, se razona que “(...) en una Unión de Estado de Derecho el autocontrol de la Administración asociado a la vía administrativa redundante no sólo en interés del afectado, sino también en el interés público” (apartado 69).

Los recursos en vía administrativa no son solo una herramienta puesta a disposición de la pretensión de la parte sino un instituto procesal que ha determinado el legislador ordinario. En este sentido, el recurso será siempre útil en el sentido de permitir al ciudadano el acceso a la revisión judicial posterior. Puede calificarse de tedioso, obstaculizador, retardatario, pero no de inútil. En definitiva, lo que en la jurisprudencia canónica del TC ha sido tradicionalmente una notable deferencia para con el legislador (el sistema de recursos es una cuestión de legalidad ordinaria) y los jueces (solo son contrarios al derecho de recurso las interpretaciones que adolezcan de formalismo excesivo, por haber interpretado el requisito legal con rigorismo enervante y desproporcionado, contrario a la efectividad del derecho fundamental) se torna ahora en una solución empática pero arriesgada.

El TC estableció un paralelismo entre ello y el propio art. 7.1 de la Ley 62/1978 que excluía de la necesidad de la interposición del recurso de reposición el procedimiento contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales en los que, como es sabido, aquel requisito cumple con una finalidad autocompositiva similar a la reclamación previa y al acto de conciliación. Dicho precepto no pasó al texto de la actual LJCA. De hecho, la explicación de la citada STC 275/2005 se halla precisamente en la solicitud de transformación del procedimiento especial en ordinario al que no objetó el Abogado del Estado, al no recurrir el Auto por el que se acordaba dicha transformación ni alegar la falta de agotamiento de la vía administrativa en las numerosas ocasiones que tuvo durante el proceso contencioso-administrativo. Una vez seguido la causa por el procedimiento ordinario se inadmitió por falta de utilización de la vía económico-administrativa.

La sucesión temporal de los hechos que dan lugar a esta casación suscita también la siguiente reflexión: el acto administrativo de liquidación del impuesto que dicta el Ayuntamiento de Cáceres es de fecha 26 de mayo de 2015; la sentencia del JCA nº 2 de Cáceres que inadmite el recurso es de fecha 22 de septiembre de 2016 y la apelación ante el TSJExt. interpuesta contra esa inadmisión se resuelve en sentencia de 22 de diciembre de 2016. Todo ello es posterior al 10 de mayo de 2015 cuando se había publicado en el BOE la Providencia TC admitiendo la cuestión de inconstitucionalidad que cuestionaba el impuesto por ser contrario a los principios de capacidad económica y

prohibición de confiscatoriedad en tanto que los preceptos de la norma fiscal sometían a tributación automática situaciones de inexistencia de incrementos de valor.

La regulación LOTC sobre los efectos de la pendencia de procesos es francamente parca.¹⁴ La reforma LOTC que acometió la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (art. único.9) añadió el apartado 3 al art. 35, por el que: “el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.” Igualmente, una vez publicada en el "Boletín Oficial del Estado" la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días (art. 37.2 LOTC). Pero nada se dice de otros efectos sobre órganos administrativos y jurisdiccionales que puedan enfrentar la misma duda. Únicamente, una vez recaída sentencia constitucional, “el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas” (art. 38.3 LOTC). Si se tiene en cuenta que el primer fallo constitucional es de febrero de 2017, todos los operadores legales debían actuar sin tomar en consideración la eventualidad de una declaración de inconstitucionalidad (que recordemos, no se produce hasta octubre de 2021).

Como ya vimos, en la STS 1336/2021, la cuestión de fondo refiere a la liquidación del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (IVPEE), tal y como se regula la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética. La mercantil recurrente, en disconformidad con la liquidación, presentó recurso ante el TEAR y ante la desestimación del mismo, acudió directamente a la vía judicial sin recorrer la doble instancia administrativa (TEAR y TEAC) que se prevé para este tipo de reclamaciones previas a la vía judicial. El razonamiento era que, pese a la obligación legal de agotar la vía administrativa previa, el recurso de alzada ante el TEAC no era útil. Y en apoyo de esta argumentación se trae al pleito la doctrina de la anterior STS 815/2018 donde se había establecido la doctrina de la dispensa de agotamiento en

¹⁴ También lo es en la jurisdicción ordinaria como se ha visto en la reciente STS 1050/2022, de 20 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3135) a propósito del art.110 LJCA y la extensión de efectos, donde se establece como doctrina jurisprudencial que “Las previsiones del art. 110.5.b) de la Ley de la Jurisdicción han de extenderse a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a la del Tribunal Constitucional. Por otra parte, la pendencia de algún recurso de casación sobre la cuestión determinante de la extensión de efectos basta para acordar la suspensión que prevé el art. 110.6 de la Ley de la Jurisdicción” (FJ 6º).

los casos donde el recurso administrativo fuera manifiestamente inútil para dar satisfacción a las pretensiones de la parte.

En definitiva, no sería necesario recurrir ante el TEAC porque:

(i) sería una carga costosa e innecesaria cuando el órgano administrativo no puede atender a las pretensiones del recurso.

(ii) no cabe dejar fuera de la sentencia del Tribunal Supremo nº 815/2018 todos aquellos casos en los que la Administración no puede dar respuesta a las pretensiones de la parte, obligándola en consecuencia apagar el "peaje" de presentar un recurso, que no puede dar satisfacción, en ningún caso, a sus pretensiones;

(iii) el TEAC no iba a modificar su criterio respecto al planteamiento de la cuestión prejudicial.

Nótese que en el momento procesal oportuno para formular el recurso de alzada ante el TEAC (la resolución del TEAR es de 20 de marzo de 2019) no se había fallado todavía en caso Banco de Santander, (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2020, As. C-274/14) y por tanto era teóricamente posible que el TEAC planteara una cuestión prejudicial en aplicación de la doctrina Gabalfrija sobre la noción "órgano jurisdiccional" a efectos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, precisamente abandonada en 2020. A ello debe añadirse que el examen de conformidad del impuesto español con el Derecho de la Unión se falla en la STJUE (Sala Décima) de 3 de marzo de 2021. As. C-220/19, que trae causa de la petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, mediante auto de 22 de febrero de 2019 (recibido en el Tribunal de Justicia el 11 de marzo de 2019), en relación a la compatibilidad del impuesto español con la Directiva 2008/118/CE (Régimen general de los impuestos especiales), la Directiva 2009/28/CE (Fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables) y Directiva 2009/72/CE (Normas comunes para el mercado interior de la electricidad). El fallo europeo avala el carácter conforme de la normativa española con el DUE.

En otras palabras, en el momento de acudir a la jurisdicción para la revisión de la liquidación, estaban pendientes sendas cuestiones prejudiciales cuya resolución podía incidir en el caso: (i) la cuestión Banco de Santander fue elevada el 2 de abril de 2014 (recibida en el Tribunal de Justicia el 5 de junio de 2014) y fallada el 21 de enero de 2020 y (ii) la cuestión del impuesto sobre la electricidad elevada el 22 de febrero de 2019 (recibido en el Tribunal de Justicia el 11 de marzo de 2019) y fallada el 3 de marzo de

2021. Recordemos que el Auto de la Audiencia Nacional inadmitiendo el recurso por falta de agotamiento - resolución que se combate precisamente en casación ante el TS - es de 31 de octubre de 2019 (confirmada en reposición el 21 de enero de 2020). “El asunto Banco Santander estuvo presente en el debate desarrollado en la instancia, debate que, por lo demás, trasciende de la cuestión relativa a si los órganos económico-administrativos pueden o no plantear cuestiones prejudiciales pues, lo que está en juego es aclarar su responsabilidad a la hora de garantizar la correcta aplicación del Derecho de la Unión y, por extensión, los derechos que este ordenamiento reconoce a los ciudadanos.” (FJ 2º)

Si en el caso de la plusvalía el argumento de la recurrente era la inconstitucionalidad de la norma, en el presente, se utiliza la disconformidad del impuesto con el Derecho de la Unión y la pertinencia de elevar una cuestión prejudicial. En el primer caso se trata de un recurso de reposición ante tributos locales y en el segundo de impuestos estatales. En uno y otro caso, el ordenamiento español preceptúa la vía administrativa previa a la revisión judicial. Como indica la STS: “A diferencia de lo que ocurría en el asunto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo nº 815/2018, ajeno al parámetro de enjuiciamiento que proporciona el Derecho de la Unión, el presente recurso se contextualiza precisamente, en sus normas y en la jurisprudencia que lo interpreta, por lo que la indagación de sus eventuales diferencias y semejanzas habrá de acometerse sin perder de vista la especial caracterización de ese Derecho, su primacía sobre los ordenamientos nacionales, los compromisos adquiridos por todos los poderes públicos en orden a garantizar su eficacia y, evidentemente, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva -vector fundamental de la argumentación de la recurrente- si la exigencia de agotar una vía económico-administrativa, como presupuesto de admisibilidad del recurso jurisdiccional, sintoniza o no con los principios de eficacia y de equivalencia.” (FJ 1º)

La diferencia entre alegar un vicio constitucional o un vicio europeo como pretensión de nulidad del recurso contra un acto, implica que la Administración se coloca en una posición diferente: en el primer caso, la Administración carece de facultades para inaplicar una norma por reputarla inconstitucional (facultad que solamente se permitía respecto de normas legales preconstitucionales). La Administración debe aplicar la Ley aunque llegue a compartir con el recurrente la tacha de inconstitucionalidad. La Administración española es el poder ejecutivo de la Ley y se somete plenamente a ella hasta que no exista un pronunciamiento expreso sobre su inconstitucionalidad (potestad reservada única y exclusivamente en nuestro ordenamiento a la jurisdicción constitucional y su sistema de control concentrado); en el segundo caso, cuando la misma Administración aprecie (de oficio o porque se lo pide la parte), una contradicción

entre norma español y Derecho de la Unión, tiene plena potestad (obligación incluso), de inaplicar la Ley nacional y dar cumplimiento al principio de primacía. La fuerza del Derecho europeo concede a las Administraciones nacionales un poder superior con respecto a las leyes nacionales. Corresponde siempre a la Administración nacional en primer término garantizar la correcta aplicación del Derecho de la Unión. Todo ello se comprueba en la acrisolada doctrina de la saga Factortame y Zuckerfabrik).

Para el TS, "El punto de partida a cuanto acabamos de expresar, lo encontramos en la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 1964, Costa/Enel, asunto 6/64, pronunciamiento que sentó las bases de la primacía del -entonces denominado- Derecho comunitario, frente a los ordenamientos jurídicos nacionales. Para el Tribunal de Justicia,

- "esta integración en el Derecho de cada país miembro de disposiciones procedentes de fuentes comunitarias, y más en general los términos y el espíritu del Tratado, tienen como corolario la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento"

- "la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede en efecto variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas posteriores, sin que se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado"

- "la primacía del Derecho comunitario está confirmada por el artículo 189, a cuyo tenor los Reglamentos tienen fuerza "obligatoria" y son "directamente aplicables en cada Estado miembro"; que esta disposición, que no está acompañada de reserva alguna, carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias.

- "del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad"

- "la transferencia realizada por los Estados, de su ordenamiento jurídico interno en favor del comunitario, de los derechos y obligaciones correspondientes a las disposiciones del Tratado, entraña por tanto una limitación definitiva de su soberanía, contra la que no puede prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con el concepto de Comunidad"

La lectura de los apartados transcritos de este histórico pronunciamiento, permiten constatar el carácter existencial del principio de primacía para el Derecho de la Unión Europea y, al mismo tiempo, su dimensión instrumental tanto para la consecución de los objetivos contemplados en sus normas, como para garantizar la aplicación de los derechos y obligaciones que las mismas encierran, de ahí que los Estados miembros estén obligados, en virtud del principio de cooperación leal - art. 4.3 TUE - a adoptar todas las medidas necesarias para garantizarla, junto con los derechos y principios que de ella emanan.

En efecto, esa obligación de adoptar cualesquiera tipo de medidas en garantía del Derecho de la Unión Europea, deriva de su primacía, recordando el Tribunal de Justicia que los Estados miembros están sujetos a una "obligación de primacía" (sentencia de 29 de abril de 1999, Ciola, C-224/97, apartado 30) o aludiendo ya a "todos los órganos de la Administración" a los efectos de "la obligación de respetar la primacía del Derecho comunitario" (sentencia de 12 de enero de 2010, Petersen, C-341/08, apartado 80).

El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 22 de junio de 1989, Costanzo, 103/88, perfiló, precisamente, el alcance de esos compromisos, en particular, el que las Administraciones nacionales están obligadas a inaplicar o desplazar la norma nacional, contraria al Derecho de la Unión. De esta manera, suministra una respuesta a las dudas que, en el contexto de un litigio en materia de contratación pública, le suscitó el Tribunal administrativo regional para la Lombardía, en particular, sobre si la Administración Local disfrutaba de la facultad o le incumbía la obligación de inaplicar las disposiciones internas contrarias a la norma comunitaria o si dicha facultad u obligación de inaplicación correspondía únicamente al Juez nacional" (FJ 4º).

La Administración pública nacional no está legitimada para acudir al TJUE en la vía de la cuestión prejudicial. Y no lo está, no por una cuestión de menor relevancia, sino por el hecho de que es el aplicador primario del DUE. La Administración debe interpretar el conjunto del ordenamiento, lo que incluye las normas de origen europeo y tiene unas facultades exorbitantes de las que carece con respecto al ordenamiento interno. Por ello, precisamente las STS 815/2018 y 1336/2021 son radicalmente divergentes.

Todo ello conlleva la (difícil) posición en que quedan el recurso de reposición y las reclamaciones económico-administrativas.¹⁵ En un ejercicio de especulación, si resulta que en el primer caso (plusvalía), no solo se hubiera alegado la discrepancia con la

¹⁵ Uno de los protagonistas judiciales de esta cuestión se pregunta de manera directa: "¿Qué hacemos con los Tribunales Económico-Administrativos". HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. (2021). "Los órganos de revisión económico-administrativa y el derecho comunitario. Su posición en el diálogo prejudicial con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea" en CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, I. (Dir) *Estudios en homenaje al profesor Luis María Cazorla Prieto*. Thomson Reuters Aranzadi. Vol. II pp. 875-889.

constitución española sino también con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (por ejemplo su artículo 17 relativo al derecho de propiedad), resulta que la Administración hubiera podido/debido dejar sin efecto la liquidación tributaria por la venta de un inmueble donde el vendedor sufrió pérdidas (valor de venta menor a valor de adquisición). Y pese a ello debió tributar. En ese caso, la vía económico-administrativa sería pertinente y útil. En cambio, en el segundo caso, la alegación de la empresa recurrente tiene el efecto precisamente contrario: al tratarse a la vía económico-administrativa como un ámbito propio de lo administrativo (no de la revisión jurisdiccional), se otorgan unos poderes mucho mayores al aplicar el Derecho europeo (y correspondientemente, la vía administrativa deviene útil y pertinente y no solo obligatoria).

En otras palabras, la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo por incorrecto agotamiento de la vía administrativa previa dependerá, no tanto de la obligatoriedad procesal de la utilización del mismo sino del derecho que sustancialmente se alegue.

En esta función aplicativa del DUE, la Administración no goza del muy valioso instrumento de la cuestión prejudicial como mecanismo de auxilio en la siempre delicada tarea de enjuiciar la compatibilidad del derecho nacional con el Derecho de la UE. El propio TS así lo reconoce: “Un elemental ejercicio de empatía y el conocimiento de la realidad jurídica cotidiana permiten ser conscientes de las extraordinarias e indudables dificultades que, para la Administración, comporta en la práctica la jurisprudencia Costanzo, pues, a diferencia de un “órgano jurisdiccional” (del artículo 267 TFUE), debe enfrentarse, por sí misma -sin posibilidad de preguntarle al Tribunal de Justicia- a las dudas que, en torno a la aplicación del Derecho de la Unión pudieran surgirle, debiendo, incluso, detectarlas por sí misma y, llegado el caso, descartar, desplazar, en definitiva, inaplicar, la norma nacional.

Sin embargo, los pilares estructurales del Derecho de la Unión resultarían negativamente afectados si, en línea con la tesis de la parte recurrente, la Administración desatendiera dicho compromiso, al tiempo que supondría eludir su obligación de conducirse de acuerdo con el principio de legalidad (artículos 9.1 CE y 103.1 CE, preceptos ambos que deben de leerse -especialmente en este caso-, en íntima conexión con el artículo 93 CE), pues, tal escenario situaría a la Administración en una posición de irresponsabilidad, inaceptable para el Estado de Derecho, uno de los valores en que se fundamenta la Unión (artículo 2 Tratado de la Unión Europea).” (FJ 4º).

Finalmente, esta diversa posición de la revisión administrativa a resultados de la divergencia entre un sistema de control de constitucionalidad concentrado y un sistema de control de europeidad difuso, hará necesario examinar en cada caso cual es el

contenido de la argumentación de las pretensiones de las partes en el recurso. Si se quiere acudir directamente a la vía judicial, es aconsejable la exclusiva alegación del vicio de inconstitucionalidad que la Administración no puede resolver; si se quiere obviar la fase administrativa de revisión, no podrá utilizarse un argumento de Derecho europeo (que esta vez sí, puede abordar directamente el órgano administrativo). Todo ello comporta indefectiblemente la espinosa cuestión del respeto de este sistema “dual” con los principios de equivalencia y eficacia que el TS aborda en la parte final de su sentencia (FJ 5º).

Los principios de equivalencia y efectividad nacen como exigencia de una cierta uniformidad entre los parámetros de autonomía del derecho procesal nacional y aplicación uniforme del Derecho de la Unión. De manera atropelladamente sintética implican que los justiciables no pueden tener un sistema recursos más complicado o gravoso cuando se reclama la aplicación del DUE que cuando se aplica el ordenamiento nacional. En la STJUE Puškár (sentencia de 27 de septiembre de 2017, As. C 73/16) se analiza la legislación eslovaca sobre protección de datos que impone la reclamación administrativa previa antes de acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa en protección precisamente de ese derecho fundamental. Tal sistema procesal (de engarce entre vía administrativa y vía judicial, que sorprendentemente no se alega en los pleitos españoles que hemos visto), constata que la vía administrativa puede generar costes y demoras. Para hacerlo compatible con la protección efectiva del art. 47 de la Carta DDFFUE, debe cumplir un triple requisito: estar establecido por norma con rango de Ley; respetar el contenido esencial del derecho y ser proporcional (equilibrio entre interés general y protección). Para ello, “es necesario que el agotamiento previo de esas vías de recurso no implique un retraso sustancial a efectos del ejercicio de la acción judicial, suponga la interrupción de la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasione gastos excesivos” (apartado 1 del fallo). Nótese que en ningún caso se valora la utilidad o menos de la vía de recurso o la susceptibilidad de que la pretensión del recurrente pueda ser acogida. Simplemente se propone un equilibrio (remitido a la apreciación por parte del juez nacional), entre interés general (sistema procesal de recursos) y acceso directo al juez (tutela judicial efectiva).

VI. UTILIDAD, PROSPERABILIDAD Y EFECTIVIDAD. LA VIS EXPANSIVA DE LO VISTO HASTA AHORA

La construcción judicial que hemos presentado y sus críticas puede ser todavía más preocupante si se considera su potencial extrapolación expansiva a otros tipos de recursos al efecto del correcto agotamiento de la vía previa. Constituyen dos magníficos ejemplos de esta proposición la utilización de incidente de nulidad de actuaciones del art.

241 LOPJ de manera previa al recurso de amparo constitucional y la utilización de éste último a los efectos de correcto agotamiento de los recursos domésticos antes de acudir a la jurisdicción internacional que brinda la CEDH y el TEDH. En otras palabras, ¿es siempre útil y necesaria la interposición del incidente de nulidad de actuaciones a los efectos de entender correctamente agotada la vía jurisdiccional previa a la constitucional?; y ¿es siempre útil y necesaria la interposición del recurso de amparo constitucional interno antes de acudir al TEDH, a efectos de entender correctamente agotada la vía interna, o, por el contrario, puede demandarse directamente una protección internacional ex CEDH sin pasar por el TC español?.

Llegados a este punto, podemos recapitular los siguientes aspectos: a nuestro juicio, la utilidad o menos de una vía de recurso debería depender siempre de su obligatoriedad procedimental más que del fondo de la pretensión. Si el ordenamiento prevé que es obligatorio, aunque se pida una pretensión a la que no puede darse satisfacción (por ejemplo, inaplicación por alegada inconstitucionalidad), su no utilización privará al recurrente de seguir las vías impugnatorias ante la jurisdicción. En este sentido, desde el punto de vista del acceso a la revisión judicial, la utilidad es máxima. Pese a esta formulación, el TS en su sentencia de 2018 hace prevalecer la efectividad sobre la utilidad. El recurso administrativo puede ser útil pero inefectivo convirtiéndose luego en una carga excesiva y absurda que retarda el ejercicio de un derecho fundamental (tutela judicial). Una cuestión distinta, puede ser la prosperabilidad del recurso. Ya no se trata solo de si es obligatorio o de si es útil sino de si exigible un juicio de probabilidad de éxito. En algunos casos, como hemos visto, se aduce que la vía es inútil porque la Administración no va a cambiar de criterio (alzada ante el TEAC contra resolución del TEAR). En estos casos, la unidad de la Administración como persona y su ordenación jerárquica hacen dudar de la independencia de criterio. A nuestro entender, esta última interpretación nunca debe ser amparable a riesgo de cuestionar todo el sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales no devolutivos. Esta grave argumentación es, sin embargo, la que se utiliza en las SSTJUE Banco de Santander y Anesco.

VI.1. El incidente de nulidad de actuaciones

La reforma LOTC llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo coloca el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), en un lugar central en la protección de los derechos fundamentales. Parece que es unánimemente reconocido que la reforma de 2007 abandona el paradigma de la protección subjetiva en el recurso de amparo para pasar a un sistema de protección objetiva de la propia Constitución en aquellos asuntos que por su “especial trascendencia constitucional” contribuyan a la general eficacia y

aplicación del texto constitucional. De este modo, las eventuales lesiones de derechos fundamentales no quedan subjetivamente desprotegidas sino que su protección se encomienda a la jurisdicción ordinaria. El incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales.¹⁶

Tal recurso incidental no debe considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan “podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario” (art. 241.1 LOPJ).¹⁷ Tampoco es, sin embargo, una nueva instancia, sino un mecanismo impugnatorio especial que, como se puso de manifiesto en el ATC 200/2010, de 21 de diciembre “no se propone para volver a discutir sobre el tema en litigio a modo de una nueva instancia, sino que se articula por la ley como un mecanismo impugnatorio especial, dotado de un objeto de cognición propio, autónomo y limitado. Lo que se le pide en estos casos al órgano judicial autor de la resolución cuestionada, es que examine y resuelva sobre la vulneración del derecho fundamental que se achaca a esta última (no a ninguna otra resolución), a la luz de los concretos razonamientos contenidos en sostén de la decisión adoptada, y para dar así respuesta en el Auto resolutorio a los motivos de impugnación específicos que haya vertido el afectado en su escrito de solicitud de nulidad” (ATC 200/2010, FJ 2.b.)

En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones sirve - como así optó el legislador orgánico - para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley; su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el art. 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la

¹⁶ Ambos mecanismos quedan pues estrechamente vinculados. Lo explica magistralmente DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2018) “¿Tiene sentido el incidente de nulidad de actuaciones?”, en *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales, XXII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Vitoria. Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

¹⁷ Es por ello que el órgano judicial debe, salvo que se den las causas de inadmisión de plano que le permitan una motivación sucinta (art. 241.1 LOPJ), realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, tramitar el incidente y motivar, en cualquier caso, suficientemente su decisión. Como se dijo en la STC 185/1990, de 15 de noviembre, FJ 5, “será preciso interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de Sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales” (FJ 3º). Esta doctrina se ha reiterado después en otros pronunciamientos, por todas la STC 2/2013 o la STC 9/2014. En todos los casos el razonamiento abunda en la necesidad de considerar el incidente como un verdadero mecanismo de protección que requiere del órgano judicial un razonamiento completo para su examen y eventual estimación o desestimación. Igualmente requiere una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión (SSTC 91/2015, 96/2015 y 98/2015).

interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales.

En España, los asuntos ingresados en 2021 para los varios órdenes jurisdiccionales en los que se organiza el poder judicial ascendieron a 6,2M. De todos ellos se dictaron en torno a 1,6M de sentencias.¹⁸ De este total, solo contra un porcentaje minúsculo de las mismas (0,5%) se interpone incidente de nulidad de actuaciones.¹⁹

Incidentes de nulidad de actuaciones ingresados (Artículo 241.1 de la L.O.P.J.)²⁰

	Civil	Penal	Conten- cioso	Social	Salas Esp. TS	Total
Andalucía	996	253	84	120	-	1.453
Aragón	237	38	10	3	-	288
Asturias	115	27	6	11	-	159
Balears (Illes)	228	23	12	5	-	268
Canarias	251	85	39	51	-	426
Cantabria	51	16	7	8	-	82
Castilla y León	270	34	18	33	-	355
Castilla-La Mancha	255	48	32	29	-	364
Cataluña	805	157	57	88	-	1.107
C. Valenciana	501	74	42	42	-	659
Extremadura	137	19	4	8	-	168
Galicia	422	52	21	39	-	534
Madrid	668	275	61	106	-	1.110
Murcia	331	12	4	14	-	361
Navarra	21	2	7	8	-	38
País Vasco	61	41	10	11	-	123
Rioja (La)	39	1	1	0	-	41
Órganos Centrales	53	166	427	0	5	651
Total	5.441	1.323	842	576	5	8.187

Aunque la extrapolación es ciertamente arriesgada, los datos globales de utilización del incidente son bastante parecidos a los de disminución del propio recurso de amparo constitucional (de 11.417 recursos de amparo en 2006 a 6.515 en 2021). El

¹⁸ Estadísticas judiciales del Centro de Documentación Judicial del CGPJ. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/estadisticas/boards/jurisprudencia/general.jsp>

¹⁹ Recordemos que el art. 241 LOPJ prevé este mecanismo solo para aquellas resoluciones que no sean susceptibles de otro recurso ordinario ni extraordinario y siempre que no haya podido denunciarse la alegada vulneración del derecho antes de recaer resolución que ponga fin al proceso.

²⁰ La Justicia Dato a Dato. Estadística Judicial 2021. CGPJ.

desplazamiento de la protección de los derechos hacia la jurisdicción ordinaria parece evidente.²¹

Sea como fuere, para lo que aquí interesa, la configuración legal del incidente en la LOPJ hace que el tribunal competente para conocer del mismo sea el mismo que ha dictado la resolución. Por ello, se argumenta que puede carecer de la necesaria imparcialidad objetiva al exigirse al mismo órgano autor de la supuesta vulneración de los derechos del recurrente que así lo reconozca y que repare la misma. El grado de “utilidad” y “eficacia” de incidente es muy escaso, ya que el carácter no devolutivo del incidente hace que deba ser resuelto por el mismo órgano que presuntamente cometió la infracción. No existe un cómputo estadístico específico que registre la utilidad del incidente y su resolución.²²

Junto con lo anterior, se suscitan también otras dudas que impactan en la estrategia procesal de los recurrentes.²³ En primer lugar está la cuestión de determinar si la no corrección por parte del órgano judicial de la vulneración de un derecho constitucional distinto del art. 24 CE, supone en sí mismo la reiteración de la lesión (distinción entre derechos procesales y derechos sustantivos). Parece claro que después de la STC 153/2012, de 16 de julio, la cuestión es pacífica. Imaginemos un caso de alegada vulneración del art. 14 CE por parte de una Administración pública. Cuando un juez que revisa el acto no da la razón a la parte en la alegación de una supuesta vulneración de un derecho fundamental, no se incurre en una nueva vulneración del mismo. Las partes tienen derecho a una resolución judicial fundada en Derecho. No existe un Derecho a que se les dé la razón. Por ello, el incidente de nulidad no procedería contra la vulneración del derecho fundamental sustantivo sino contra el procesal. Dicho en otras palabras, si en el recurso de amparo constitucional se alega la sola vulneración del art. 14, el incidente sería improcedente (ya se ha discutido el fondo en la jurisdicción). Si, en cambio, se alega la vulneración del art. 14 y un derecho procesal (por ejemplo, incongruencia omisiva de la sentencia), se debería utilizar el incidente contra esta

²¹ Puede profundizarse sobre el tema en BELLIDO PENADÉS, R. (2017) “El incidente de nulidad de actuaciones como medio de tutela de derechos fundamentales” *Revista General de Derecho Constitucional* n. 25; BELADIEZ ROJO, M. (2015) “La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ” en AAVV, *El juez del Derecho Administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*. CGPJ, CIJA-UAM, Marcial Pons, Madrid; AGUILERA MORALES, M. (2013) “El incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema” *Revista General de Derecho Procesal*, n. 31.

²² Desarrollamos un intento aproximado en cfr. PADROS REIG, C. (2019). La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional. *Revista de Administración Pública*, 209, 307-347. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.10>.

²³ Cfr. en general el planteamiento de las autoras encaminado a minimizar el riesgo de inadmisión del incidente de nulidad. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y MONTESINOS PADILLA, C. (2018) “Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión?” *Revista de Derecho Constitucional*, 113, pp. 71-102.

segunda lesión. La cuestión es relevante puesto que puede determinar la inadmisión tanto por alargamiento improcedente como por falta de agotamiento.²⁴

En segundo lugar, también introduce considerable incertidumbre la regulación de la nueva casación contencioso-administrativa que realiza la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El recurso de casación sufre una cierta “objetivación” similar a la que sufrió el recurso de amparo en 2007, y las similitudes entre los conceptos de “especial trascendencia constitucional” de la justicia constitucional y “interés casacional objetivo” de la JCA son evidentes. Siguiendo con el mismo ejemplo anterior, puede ser que un acto administrativo se combata por vulnerar el derecho a la igualdad. Recaída sentencia en apelación, se intenta el recurso de casación y éste fracasa (inadmisión), por no apreciar la Sección Primera de la Sala III TS que concurra un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia. Nótese como la inadmisión de la casación no analiza la lesión (que puede ser clamorosa) sino sólo el valor que la resolución del caso aportaría para la formación de doctrina casacional. Recorrido pues todo el *iter* en la jurisdicción ordinaria, podría recurrirse en amparo. Sin embargo, hasta hace poco tiempo, se imponía “la aplicación formalista del dogma de la subsidiariedad del recurso de amparo que ha convertido la nulidad de actuaciones, a pesar de su escasa efectividad, en un paso necesario para poder agotar correctamente la vía judicial antes de llegar al amparo. En esta línea, se mueve la STC 95/2018, de 17 de septiembre, que dice ser de aplicación de doctrina, en la que se forma, clara y rotundamente que cuando exista una vulneración de un derecho fundamental que no tiene acceso a la casación, tras la inadmisión del recurso es necesario volver hacia atrás y plantear ante el órgano judicial causante de la lesión, el incidente de nulidad, tesis a la que se ha apuntado rápidamente el Tribunal Supremo desde que, en su auto de 11 de diciembre, vino a interpretar que cuando se trata de derecho del 24.1. CE, una vez intentado el recurso de casación e inadmitido por falta de interés casacional objetivo, hay que plantear el incidente de nulidad de actuaciones para que sea el órgano que habría lesionado el art.

²⁴ “Si el incidente es una nueva garantía de los derechos en vía jurisdiccional ordinaria, una garantía alternativa al amparo, su diseño procesal no responde a la finalidad perseguida. Por su carácter no devolutivo y la (comprensible) reticencia de los órganos judiciales a revisar sus propios actos. Y porque la ampliación material de su objeto no se corresponde con una ampliación real de los motivos de impugnación, al limitarse el recurso a las lesiones producidas por los órganos judiciales y no abarcar las lesiones no reparadas por los mismo órganos” GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y MONTESINOS PADILLA, C. (2018) “Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión? *Revista de Derecho Constitucional*, 113, 71-102, p. 100. Paréntesis añadido.

24.1 CE el que proceda a corregirlo”.²⁵ En resumen, si fracasado el recurso de casación se acude directamente al amparo constitucional sin volver a retroceder a la instancia anterior a la casación para interponer un incidente de nulidad, el recurso de amparo será inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Esta complicada construcción de la teoría de la reviviscencia, se abandona, en parte, por las SSTC 112/2019 , de 3 de octubre (FJ 3º) y 73/2021, de 18 de marzo , aunque esta última en un supuesto distinto de control de habeas corpus (art. 17 CE).²⁶

Creemos modestamente que la notable complejidad procesal que debe valorar el sufrido recurrente se paliaría, en parte, si entre los motivos de interés casacional objetivo se comprendiera la manifiesta desatención a la doctrina constitucional sobre derechos fundamentales. De hecho, la propia dicción del art. 88.2. e) de la LJCA indica esta solución. Podría el TS considerar que la cuestión reviste interés casacional cuando la resolución combatida fundamente su decisión en una aplicación aparentemente errónea de una doctrina constitucional (por ejemplo la doctrina constitucional sobre la incongruencia omisiva como vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva).

Debe reconocerse que, por el hecho mismo de la alegación masiva del art. 24 CE, el órgano judicial tiene que “autoinfligirse” un severo examen al que, de manera natural, tendrá poca proclividad. Pese a las numerosas críticas, hoy por hoy, todavía la interposición de incidente de nulidad de actuaciones constituye un requisito procedimental para agotar correctamente la vía judicial previa al recurso de amparo

²⁵ DEL SAZ CORDERO, S. (2019) “Ni un momento más sin replantear el incidente de nulidad de actuaciones” *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 953 (Sección Análisis). Se trata de lo que se ha venido en llamar la doctrina de la reviviscencia ya conocida en la jurisdicción social.

²⁶ Justo en el momento de la revisión previa a la aceptación del presente texto por parte de la revista se falla la importante STEDH (Sección 5ª) de 15 de diciembre de 2022. Olivares Zúñiga c. España (Demanda 11/18). En el caso, la recurrente después de una sentencia desfavorable de la Sala Social del TSJ de Madrid, había acudido en casación para unificación de doctrina al TS. Éste último inadmitió la casación al apreciar falta de identidad de las sentencias que se aportaban de contraste (TSJ Baleares y del propio TC). El recurrente interpuso recurso de amparo sin retroceder al TSJ e intentar ahí el incidente de nulidad. Lo justificó argumentando que la lesión ya había sido planteada durante todo el proceso y que, por ello, el incidente era superfluo. Para el TEDH, no puede avalarse una interpretación formalista tan restrictiva que impida en esencia el ejercicio del derecho a la tutela. Y ello es así, porque se aprecia que el propio TC cambió su doctrina (entre las STC 39/2003 y 112/2019), lo que demuestra una notable incertidumbre sobre la regulación procesal del incidente. Nótese como hay tanto una crítica general a lo enrevesado de la utilización del incidente: “de las reglas procesales que rigen el incidente de nulidad no puede deducirse que su uso es claramente obligatorio en casos como el presente” (apartado 34) junto con una situación donde la inadmisión del recurso de amparo concurre con una situación de cambio de doctrina: “Puede concluirse que el Tribunal Constitucional cambió su doctrina porque reconoció que el sistema anteriormente en vigor había creado incertidumbre y porque existía una falta de previsibilidad de los recursos disponibles o - mejor - necesarios, que debían agotarse antes de interponer el recurso de amparo” (apartado 34. La traducción es nuestra).

constitucional. Según la memoria TC 2021²⁷, cerca de un 10% de las inadmisiones tiene su fundamento en la apreciación de la falta de agotamiento de la vía judicial previa.²⁸

Finalmente, debemos concluir en análisis del incidente de nulidad con algunas interesantes reflexiones que aporta alguien tan calificado como Jorge Rodríguez-Zapata, quien pone de manifiesto que los “problemas de interpretación recaen en forma abrumadora sobre la parte recurrente” como reconoce la propia STC 182/2011 que el autor cita.²⁹ “En los casos de admisión a trámite de los incidentes, una reforma del art. 241 LOPJ debería encomendar la resolución a un órgano distinto o con una composición diferente del que dictó la resolución controlada. La creación de secciones especializadas en la protección de derechos fundamentales, en los tribunales en los que sea posible o la remisión a órganos distintos de los incidentes podría ser prevista sin dificultad por el legislador. El riesgo de obligar a retractarse al órgano que ha dictado la resolución, que ha señalado la jurisprudencia a que hemos pasado revista, desaparecería de esta forma. Debería exigirse al promotor de estos incidentes una justificación formal y circunstanciada de los extremos en los que se considera que la resolución impugnada se aparta en su ponderación de derechos fundamentales o en la extensión que se da a un derecho concreto de la jurisprudencia constitucional o del TEDH. En tales casos sería posible y útil crear auténticas cuestiones de amparo, formuladas sobre la base de nuestra dilatada experiencia en las cuestiones de inconstitucionalidad del art. 35 y siguientes de la LOTC o de las cuestiones de ilegalidad de los arts. 123 y siguientes de la LJCA. El órgano jurisdiccional, inmediatamente antes de resolver el incidente, podría plantear una cuestión de amparo al Tribunal Constitucional para que este resolviese en forma semejante a como se pronuncia en las cuestiones de inconstitucionalidad, ratificando o modulando su doctrina constitucional sobre la cuestión que se le plantea. El órgano jurisdiccional proponente de la cuestión de

²⁷ Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/MEMORIA-2021.pdf>

²⁸ Es justo reconocer que este dato ha disminuido considerablemente a lo largo de los años y que en la actualidad el grueso de los motivos de inadmisión se centran en la insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional (35,70%) o en la correcta justificación pero inexistencia de la misma (25,77%).

²⁹ “La interposición del incidente, en definitiva, situaba a la actora “ante una encrucijada difícil de resolver, toda vez que si no utiliza todos los recursos disponibles dentro de la vía judicial ordinaria su recurso de amparo podrá ser inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial previa, y si decide, en cambio, apurar la vía judicial, interponiendo todos los recursos posibles o imaginables, corre el riesgo de incurrir en extemporaneidad al formular alguno que no fuera en rigor procedente (últimamente, por todas, STC 192/2005, de 18 de julio, FJ 2)” (STC 255/2007, FJ 2). Encrucijada agravada por la consecuencia de mantener abierta una vía judicial que estaba abocada, como consecuencia de la adjudicación recurrida, a la pérdida en la posesión de la vivienda familiar que venía ocupando, con el perjuicio económico en términos de descapitalización de su patrimonio que llevaba aparejada para la recurrente tal decisión judicial.” (STC 182/2011 de 21 de noviembre, FJ 2º).

amparo debería arbitrar las medidas cautelares necesarias mientras se resuelve la cuestión planteada y la doctrina del Tribunal Constitucional vincularía, como es lógico, la resolución del órgano jurisdiccional ordinario. La colaboración institucional entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se alejaría de las fricciones que han marcado muchas veces las relaciones entre ambos órganos”³⁰

Sea como fuere, la realidad es que hoy por hoy se estiman muy pocos incidentes de nulidad y que la alegación de vulneraciones de derechos sustantivos en los mismos resulta altamente dificultosa. Por ello, podría concluirse que el incidente, pese a su obligatoriedad procesal es un instrumento escasamente útil para el objetivo de reparar las vulneraciones de derechos que no tengan especial trascendencia constitucional.³¹

VI.2. El recurso de amparo constitucional y el acceso a la protección de los Derechos Fundamentales en la jurisdicción europea

España forma parte del sistema europeo de protección de DDFF al firmar y ratificar la Convención Europea de los Derechos Humanos (CEDH) y someterse a la jurisdicción de su Tribunal.³² Se establece como requisito para la admisibilidad de las demandas³³, el haber previamente agotado las vías de recurso internas.³⁴

La naturaleza subsidiaria de la protección internacional requiere que el ciudadano que desee presentar demanda al TEDH acredite que primero ha intentado la protección por el propio Estado y agote las vías procesales que tenga previstas en el ordenamiento legal

³⁰ RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, J. (2021) “El incidente de nulidad de actuaciones” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº. 25 (1), 117-139, p. 138.

³¹ “La articulación de las relaciones entre el “nuevo incidente” y el recurso de amparo constitucional parece así venir determinada por las circunstancias concurrentes en cada caso, es decir, por una casuística inabarcable” GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y MONTESINOS PADILLA, C. (2018) “Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión? *Revista de Derecho Constitucional*, 113, 71-102, p. 99.

³² Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979.

³³ cfr. de modo auténtico CONSEJO DE EUROPA / TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Guía Práctica sobre la Admisibilidad*. Traducción realizada por los servicios del Departamento de constitucional y derechos humanos de la Abogacía del Estado. Disponible en https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_spa.pdf. Existe una versión en lengua inglesa actualizada a agosto de 2022.

³⁴ Art. 35.1 CEDH, “Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal y como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.” El Protocolo nº 15 al Convenio reduce a 4 meses (y no 6, como originalmente) el plazo para la presentación de la demanda ante el Tribunal tras el agotamiento de los recursos internos a nivel nacional. Este plazo de 4 meses se aplica a las demandas presentadas a partir del 1 de febrero de 2022.

nacional. Es lo que comúnmente se conoce como la exigencia del agotamiento de los recursos internos como requisito de admisibilidad de la demanda. “De acuerdo con el art. 13 del propio Convenio, “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales”. Pues bien, si es una obligación de los Estados dimanante del Convenio la de tener a disposición de las personas “un recurso efectivo ante una instancia nacional”, es lógico que se exija que sea ésta quien primero pueda dispensar la protección requerida. La subsidiariedad del sistema en efecto significa que corresponde, en primer lugar, a los Estados miembros garantizar el respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y a los tribunales nacionales controlar la aplicación de los mismos. Sólo cuando el sistema de protección interno se ha mostrado insuficiente para salvaguardar los derechos reconocidos en el Convenio, es decir, cuando el Estado persiste en el acto u omisión causante de la lesión denunciada o no ofrece la posibilidad jurídica de remediarla, se abre paso al sistema de protección europeo.”³⁵

En palabras del propio Tribunal Europeo, “los Estados sólo tienen que responder de sus actos ante un organismo internacional tras haber agotado la posibilidad de corregir la situación en su orden jurídico interno. Esta regla se funda en la hipótesis, objeto del artículo 13 del Convenio - y con el que presenta estrechas afinidades- de que el orden interno ofrece un recurso efectivo en cuanto a la vulneración alegada. Por ello constituye un aspecto importante del principio según el cual el mecanismo de salvaguardia instaurado por el Convenio debe revestir un carácter subsidiario con respecto a los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos. Así el agravio que se plantea ante el Tribunal debe haber sido antes sometido, al menos en substancia y respetando las formalidades y plazos prescritos por el Derecho interno, ante las jurisdicciones nacionales apropiadas” (STEDH Selmouni c. Francia, de 28 de julio de 1999, par. 74).

La interpretación de esta previsión convencional, que al decir de la jurisprudencia constituye un auténtico principio general del mecanismo de protección instaurado por el Convenio (STEDH D. Demopoulos c. Turquía, GS, 1 de marzo de 2010, par. 69 y 97), ha

³⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2017) “Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones, una perspectiva de Derecho Comparado. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608734/EPRS_STU\(2017\)608734_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608734/EPRS_STU(2017)608734_ES.pdf)

provocado una rica casuística a la que el Tribunal ha dado oportuna respuesta. De esta doctrina, compilada por PÉREZ DE LOS COBOS conviene retener lo siguiente³⁶:

a) El agotamiento de las vías internas de recurso debe referirse a cada una de las lesiones alegadas en la demanda ante Estrasburgo. El demandante europeo debe haber planteado ante el juez nacional “en sustancia” y respetando los procedimientos y reglas procesales nacionales establecidas al efecto, las lesiones de derechos que pretende luego reparar ante el Tribunal Europeo. No es necesario al efecto la invocación expresa del Convenio ni de sus preceptos pero sí que el juez interno haya podido conocer y reparar la lesión que luego se pretende que conozca y repare el Tribunal Europeo (STEDH Karapanagiotou y otros c. Grecia, de 28 de octubre del 2010, par. 29).

b) La exigencia convencional se predica respecto de los recursos normales y útiles que el Ordenamiento tiene a disposición de los ciudadanos. La previsión de la vía de recurso debe estar clara y suficientemente consolidada en la práctica del ordenamiento interno (STEDH Di Sante c Italia, de 27 de abril de 2017, par. 22). No se exige sin embargo al demandante que formule vías de recurso discrecionales o extraordinarias, como el recurso de revisión, aleatorias -de inviabilidad probable-, o ineficaces e inadecuadas, es decir, que no sirvan para reparar la lesión producida (STEDH Deweer c. Bélgica, de 27 de febrero de 1980, par. 48). Cuando existan varias vías de recurso posible, no es necesario que el demandante las practique todas sino que basta con que siga aquella que considere más efectiva.

c) La jurisprudencia de Estrasburgo hace una lectura flexible y no automática ni absoluta de este requisito, en la que, además, considera el contexto jurídico y político y la situación personal del demandante (STEDH Selmouni c. Francia, de 28 de julio de 1999, par. 77). En esta línea, el Tribunal ha entendido que el agotamiento no es exigible en los supuestos en los que lo que se denuncia es la incompatibilidad con el Convenio de medidas legislativas o una práctica administrativa consolidada y tolerada lesiva de los derechos reconocidos en el Convenio. Asimismo, la concurrencia de “algunas circunstancias particulares”, como, por ejemplo, una situación de conflicto civil a resultas de una campaña terrorista, o de pasividad de las autoridades nacionales frente a las alegaciones serias de violación del Convenio por parte de los agentes del Estado, ha llevado al

³⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2017) *ibidem*.

Tribunal a dispensar de este requisito.³⁷

d) En el supuesto de que un recurso interno no haya sido admitido por no haberse observado por parte del demandante las reglas y procedimientos previstos en el ordenamiento interno, el Tribunal no considera cumplido el requisito de agotamiento de las vías de recurso intentado. No obstante, cuando un tribunal de apelación entra a examinar un recurso aunque luego lo declare inadmisibile, el Tribunal Europeo entiende cumplido el art. 35.1 CEDH (STEDH Voggenreiter c. Alemania, de 8 de enero de 2004).

Este último sería el caso **León Madrid c. España (STEDH de 26 de octubre de 2021)**, Los hechos del caso son como siguen: la recurrente tuvo una hija con una pareja con la que ya no convivía. La niña fue inscrita en el Registro Civil con los dos apellidos de la madre. En marzo de 2006, el padre biológico inició un procedimiento de paternidad no matrimonial y, mediante sentencia de 14 de febrero de 2007, el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Palma de Mallorca aceptó las pretensiones del padre y le reconoció como tal, acordando que la niña llevara, de acuerdo con la ley aplicable entonces, el apellido del padre seguido del de la madre. La demandante recurrió y solicitó que se pusiera su apellido en primer lugar. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestimó el recurso, razonando que la inversión del orden de los apellidos es posible desde la entrada en vigor de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, siempre que hubiera consentimiento explícito de ambos padres, condición que no se cumplía en este caso. Interpuesto recurso de casación fue inadmitido por el Tribunal Supremo.

La cuestión fue llevada ante el TC mediante la interposición de un recurso de amparo que fue admitido y examinado por el Tribunal. En la STC 176/2012, de 15 de octubre, el Tribunal Constitucional declaró la inadmisibilidad del recurso por no haber justificado la demandante la especial trascendencia constitucional en la demanda.

En el proceso ante el TEDH, el Gobierno utilizó la alegación de que la recurrente no había agotado la vía judicial previa al haber sido inadmitido el recurso de amparo por la ausencia de justificación de la especial trascendencia constitucional. El TEDH considera que en este caso concreto, se había producido un correcto agotamiento de las vías internas ya que la demandante realizó ante el TC un "esfuerzo de argumentación" para justificar la especificidad de sus alegaciones y no se limitó a reproducir las alegaciones de vulneración de sus derechos fundamentales. Además, el TEDH también toma en consideración el hecho de que la demandante presentó su recurso de amparo en noviembre de 2009, sólo unos meses después de la famosa STC 155/2009, de 25 de

³⁷ SUDRE, F. (2015) *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12 ed, Paris p. 340.

junio de 2009 (donde se explicitan por primera vez los ejemplos de especial trascendencia constitucional que han de permitir al Tribunal conocer del recurso de amparo objetivo.)³⁸

Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del presente caso, el TEDH considera que no puede ser declarado inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos internos. En el fondo del asunto, el TEDH falló que hubo vulneración del derecho a la igualdad de trato puesto que dos personas en una situación análoga (madre y padre) eran tratadas de manera diferente sobre la base de una diferenciación exclusivamente basada en su género.

Junto con lo anterior, surge la pregunta de si el recurso de amparo constitucional en España, tal y como está configurado en la actualidad, constituye o no un “recurso eficaz” a los efectos del correcto agotamiento de las vías internas antes de acudir al TEDH. Y la duda surge precisamente por el hecho que la reforma LOTC de 2007 transformó el recurso de amparo en un proceso objetivo en defensa de la general aplicabilidad de la Constitución (no ya en defensa de la reparación de la lesión individual). La introducción del requisito de la especial trascendencia constitucional del asunto traslada el peso de la utilidad del caso particular y su eventual protección, a la doctrina general. En otras palabras, puede ser perfectamente que un particular acuda en amparo al Tribunal Constitucional con una lesión palmaria y evidente de un derecho fundamental sustantivo o procesal y que, sin embargo, esta lesión no encaje en ninguno de los supuestos de

³⁸ Aunque por todos conocidas, las causas que enumera la sentencia que permiten al TC apreciar la especial trascendencia del recurso son: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios. (STC 155/2009, FJ 2º). Una función similar cumplen los apartados 2 y 3 del art. 88 de la LJCA respecto a la determinación del interés casacional objetivo.

especial trascendencia constitucional que la hagan merecedora de la atención del Tribunal. Al pasar de un amparo subjetivo a un amparo objetivo, el recurso constitucional puede devenir una vía no eficaz desde el punto de vista de la protección y reparación que busca el particular lesionado. El TEDH no ha dado este paso - que supondría un golpe definitivo al recurso nacional - y sigue considerando que el proceso constitucional de recurso de amparo es una vía exigible para el demandante que pretenda acudir a la protección internacional.

Como puede verse, la coherencia y completitud de la estrategia procesal es crucial puesto que ni pueden dejar de utilizarse los recursos disponibles ni pueden intentarse vías inapropiadas a riesgo de incurrir en un defectuoso alargamiento del proceso que comporte extemporaneidad de la demanda ante el TEDH. Más conflictivo es el caso en el que el demandante haya utilizado la vía de recurso interna de manera incompleta o defectuosa. En otras palabras, se trata de analizar si el defectuoso agotamiento de la vía interna de recurso es consecuencia de una mala utilización de las reglas procesales internas. En ese caso, el fracaso del recurso no sería un defecto estructural del ordenamiento nacional sino una consecuencia de la incapacidad del propio recurrente que impediría al nivel nacional examinar el caso. Recuérdese además la diferencia existente entre la ausencia absoluta de justificación de la trascendencia constitucional del recurso individual, la justificación intentada pero insuficiente y la falta de trascendencia. Los dos primeros supuestos constituyen defectos imputables a la propia parte recurrente que no cumple - o cumple defectuosamente - con los requisitos procesales que imponen el art. 49 LOTC. En estos supuestos, la jurisprudencia TEDH es más vacilante.

En la emblemática STEDH **Álvarez Juan c. España (sentencia de 29 de septiembre de 2020)**, se analiza la cuestión del asedio al Parlamento de Cataluña por un grupo de manifestantes. En la noche del 14 de junio de 2011, aproximadamente mil personas acamparon cerca de la sede del Parlamento de Cataluña e impidieron, por la fuerza, la apertura del Parlamento y el acceso a los representantes electos a la sesión. Ante la imposibilidad de acceder en coche algunos diputados se vieron obligados a cambiar de ruta o acceder a pie. En el trayecto se les persiguió, empujó y se les impidió entrar en el edificio a la hora prevista; algunos incluso fueron escupidos e insultados y fueron rociados con líquido en la ropa. Otros (entre ellos el propio presidente de la Generalitat y la presidenta del Parlamento) se vieron obligados a entrar al edificio en helicóptero. La Generalitat y el Parlament demandaron (junto al sindicato ultraderechista Manos Limpias y la Fiscalía), y pidieron penas de tres a cinco años y medio de prisión para 20 manifestantes. La defensa denunció que se trataba de un juicio político que ponía en discusión el derecho a la protesta. Finalmente, la Audiencia Nacional absolvió a

19 implicados por no encontrar pruebas de que fueran los efectivamente autores de los actos delictivos tumultuarios que se produjeron. También, además de la imposibilidad de individualizar los culpables penalmente, la AN sostuvo en su sentencia que la conducta que se imputaba a los acusados debía considerarse parte de su derecho fundamental de manifestación, y que no se había cometido ningún abuso o exceso por su parte. Recurrida la sentencia, el Tribunal Supremo, éste condenó a cada uno de los acusados, incluida la recurrente, a tres años de prisión por delitos contra las instituciones del Estado.

Antes de la demanda ante el TEDH, la demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido por providencia TC de 24 de noviembre de 2015, al constatarse que la recurrente no había cumplido, en absoluto, la obligación que le incumbe en virtud del artículo 49.1 de la LOTC de justificar la especial trascendencia constitucional de su recurso.

La STEDH de 29 de septiembre de 2020 inadmite el recurso y recuerda que el mecanismo de salvaguardia establecido por el CEDH es subsidiario de los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos. Por consiguiente, las personas que acudan a la jurisdicción del Tribunal en relación con las denuncias contra un Estado tienen la obligación de utilizar previa y correctamente los recursos disponibles en el ordenamiento jurídico de ese Estado (*Handyside c. el Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976, § 48, Serie A nº 24; *Akdivar y otros c. Turquía*, 16 de septiembre de 1996, § 65, y *Vučković y otros*, citados anteriormente, § 70).

El TEDH observa que el recurso de amparo de la demandante fue inadmitido en virtud del artículo 50.1 a) de la LOTC por un vicio de procedimiento insubsanable (no cumplirse en absoluto la obligación legal de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso). El Tribunal recuerda su jurisprudencia reiterada según la cual no hay agotamiento cuando se ha declarado inadmisibile un recurso por incumplimiento de una formalidad (*Flaquer Melis y Moll Espinosa, S.A. c. España* (14 de octubre de 1999)).

El TEDH entiende que en el ordenamiento jurídico español ha sido el propio legislador y no el Tribunal Constitucional el que ha establecido tanto el concepto de "especial importancia constitucional", como el requisito de que sea justificado por los recurrentes. Para que el recurso de amparo sea admisible y por tanto pueda ser examinado por el TC, la LOTC exige que el recurso se ajuste a los requisitos procesales dispuestos en los artículos 41 a 46 y en el artículo 49, y que el contenido del recurso justifique, por su especial trascendencia constitucional, que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el fondo. En consecuencia, el recurrente no sólo debe invocar un derecho fundamental

susceptible de ser protegido por el amparo sino también, como lo exige el artículo 49.1 in fine de la LOTC, justificar la "especial trascendencia constitucional" de su recurso.

El TEDH recuerda que, si bien el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado inadmisibile un recurso de amparo por falta de la especial trascendencia constitucional requerida no impide que el TEDH se pronuncie sobre la admisibilidad y el fondo de un recurso que se le haya presentado, no ocurre lo mismo cuando el recurrente no cumple con la carga de justificar (en absoluto o defectuosamente) la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo. Afirma que cuando un recurso de amparo es inadmitido -como es el caso- por no justificar la especial trascendencia constitucional, ello supone una falta de diligencia de la que la recurrente es la única responsable y por ello, el resultado será la inadmisibilidad de su recurso ante el TEDH por no haber agotado los recursos internos.

Pese a la claridad de lo anterior, la jurisprudencia TEDH no es uniforme en este sentido. En la **STEDH Saquetti Iglesias c. España de 30 de junio de 2020**, se examina un supuesto de ausencia de doble instancia de recurso para la revisión de una sanción administrativa relativa a la exportación de medios de pago (dinero en efectivo). Efectivamente, el recurrente llevaba en un vuelo desde Madrid a Argentina una cantidad de dinero en efectivo (154.800 euros) que debería haber sido declarada a las autoridades. El TSJ de Madrid había confirmado la sanción y en el recurso de amparo ante el TC, éste fue inadmitido por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional. Pese a ello, el TEDH admite el caso y declara una violación del art. 2 del Protocolo 7 CEDH. Igualmente puede verse en el caso **Laguna Guzmán c. España. STEDH de 6 de octubre de 2020**. Se trata de un caso de violación del derecho de manifestación (art. 11 CEDH) por un uso indebido de la fuerza por parte de la policía que padeció la recurrente. Pese a que el TC había inadmitido el recurso de amparo por el hecho de que la demanda no cumplía con el requisito procesal de justificar la especial trascendencia, el TEDH conoció del asunto y terminó dictando sentencia condenatoria.

Finalmente, esta ejemplificación no exhaustiva puede incluir también las recientes **STEDH de 18 de enero de 2022** en el asunto **Atristain Gorosabel c. España** (libre elección de abogado en declaraciones ante la policía en situación de detención incomunicada); la **STEDH de 7 de junio de 2022**, en el asunto **Centelles y otros c. España**. (valoración de los informes periciales en un caso de accidente laboral mortal y condena en segunda instancia anulando la primera absolución) y la **STEDH de 28 de junio de 2022**, asunto **MD y otros c. España** (difusión por un periódico de datos personales de jueces que habían firmado un manifiesto en favor de la independencia de Cataluña). Todos ellos casos donde la constatación de la existencia de un error procesal

(insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional de la demanda de amparo) no impide el pronunciamiento de la instancia europea.

En resumen, para lo que a nosotros aquí interesa, el agotamiento de las vías nacionales se revela como un requisito de admisibilidad de obligado cumplimiento. Es el propio Tribunal europeo quien realiza un examen de oficio de la cuestión, aunque existe un trámite de excepciones previas donde las partes pueden poner de manifiesto sus observaciones y justificar que su estrategia procesal previa cumple con el requisito. El Estado puede alegar la existencia de una vía de recurso interna, eficaz y accesible, que el demandante no habría utilizado correctamente. A estas alegaciones deberá responder la parte actora poniendo de manifiesto o bien que el recurso había sido utilizado, o bien que no era eficaz o adecuado. Pese a ello, puede apreciarse una cierta confusión entre el requisito procesal y el examen de fondo, cuando ni la Abogacía del Estado alega la excepción de falta de agotamiento ni el TEDH acierta al valorar que se está ante un supuesto de inadmisión el recurso por insuficiente justificación de la “especial trascendencia constitucional”. De nuevo, una cosa es la falta de justificación del escrito (error procesal de la parte que impide al Tribunal conocer) y otra muy distinta es la apreciación de la falta de concurrencia misma de la especial trascendencia alegada (apreciación del Tribunal).

De este modo se constata una notable casuística del TEDH cuya valoración permite concluir una escasa precisión - o sensibilidad - en la distinción entre error procesal y libre apreciación del TC. En realidad, si el escrito de demanda de amparo contiene errores procesales, el TC se ve impedido de conocer del fondo del asunto. Otra cosa, es que, si el escrito es formalmente correcto, el TC valore libremente que no se trata de un supuesto que revista tal grado de trascendencia que merezca una resolución sobre el fondo que pueda Contribuir a la general eficacia y aplicabilidad de la Constitución. En ambos casos se inadmitiría el amparo, pero en el primero, la vía previa al TEDH no se habría agotado correctamente lo que debería suponer la inadmisión de la demanda ante Estrasburgo, mientras que en el segundo no concurriría tal excepción de inadmisibilidad y el TEDH podría actuar como instancia internacional de revisión.

En definitiva, desde el punto de vista de la obligación procesal, todavía el recurso de amparo constitucional es una vía útil a los efectos del correcto agotamiento previo antes de acudir a la instancia internacional. En cambio, desde el punto de vista de su efectividad puede considerarse que el abandono del modelo subjetivo de amparo (lesión) para pasar al modelo objetivo (trascendencia constitucional del asunto), provoca que un recurrente pudiera dirigirse directamente a la jurisdicción internacional si argumenta que su lesión no reviste general trascendencia y por tanto no va a ser objeto de examen y protección por parte del proceso constitucional de amparo. Ello provoca necesariamente

una cierta incomodidad al supremo órgano de protección de los derechos fundamentales en España que puede verse “corregido” por el TEDH.

Sea como fuere, el recurso de amparo es, hoy por hoy, procesalmente útil (necesario para acceder al TEDH). Sin embargo, y sin querer ser agorero, el TEDH exhibe poca consideración para con el ordenamiento procesal español cuando llega a admitir y conocer de asuntos que no han cumplido con los requisitos formales de la LOTC, es decir, casos en los que el escrito de interposición o bien no ha argumentado en absoluto la trascendencia constitucional de su asunto (10% de las providencias de inadmisión de los recursos de amparo en la Memoria TC de 2021) o bien lo ha argumentado de manera incompleta, insuficiente o meramente retórica (35% de las providencias de inadmisión de los recursos de amparo en la Memoria TC 2021). En todos estos supuestos, no se presenta un problema de articulación de un doble circuito de protección de los derechos fundamentales sino una imposibilidad de la jurisdicción constitucional nacional de pronunciarse al no cumplirse los requisitos procesales, lo que a la postre cuestiona la propia utilidad de la vía doméstica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES, M. (2013) “El incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema” *Revista General de Derecho Procesal*, n. 31.

BELADIEZ ROJO, M. (2015) “La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ” en AAVV, *El juez del Derecho Administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*. CGPJ, CIJA-UAM, Marcial Pons, Madrid.

BELLIDO PENADÉS, R. (2017) “El incidente de nulidad de actuaciones como medio de tutela de derechos fundamentales” *Revista General de Derecho Constitucional* n. 25.

CONSEJO DE EUROPA / TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Guía Práctica sobre la Admisibilidad*. Traducción realizada por los servicios del Departamento de constitucional y derechos humanos de la Abogacía del Estado. Disponible en https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_spa.pdf

DEL SAZ CORDERO, S. (2019) “Ni un momento más sin replantear el incidente de nulidad de actuaciones” *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 953 (Sección Análisis).

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2018) “¿Tiene sentido el incidente de nulidad de actuaciones?”, en *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales, XXII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Vitoria. Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y MONTESINOS PADILLA, C. (2018) “Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión? *Revista de Derecho Constitucional*, 113, pp. 71-102.

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. (2021). “Los órganos de revisión económico-administrativa y el derecho comunitario. Su posición en el diálogo prejudicial con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” en CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, I. (Dir) *Estudios en homenaje al profesor Luis María Cazorla Prieto*. Thomson Reuters Aranzadi. Vol. II pp. 875-889.

NIETO GARRIDO, E. “La (in)necesaria reclamación económico administrativa basada en la infracción del derecho de la UE. A propósito de la STS 1336/2021, de 16 de noviembre” Disponible en <https://www.politicafiscal.es/invitados/la-in-necesaria-reclamacion-economico-administrativa-basada-en-la-infraccion-del-derecho-de-la-ue-a-proposito-de-la-sts-1336-2021-de-16-de-noviembre>

PADROS REIG, C. (2019). La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional. *Revista de Administración Pública*, 209, 307-347. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.10>.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2017) “Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones, una perspectiva de Derecho Comparado. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608734/EPRS_STU\(2017\)608734_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608734/EPRS_STU(2017)608734_ES.pdf)

RODRÍGUEZ-ZAPATA Y PÉREZ, J. (2021) “El incidente de nulidad de actuaciones” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº. 25 (1), 117-139, p. 138.

SUDRE, F. (2015) *Droit européen et international des droits de l’homme*, PUF, 12 ed, Paris.

VILALTA REIXACH, M. (2022). “Las garantías de independencia de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.” *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 18, 119-136. <https://doi.org/10.24965/reala.11104>. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/view/11104/12313>