



Roj: STS 2763/2013
Id Cendoj: 28079130022013100580
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 2
Nº de Recurso: 6027/2009
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Mayo de dos mil trece.

La Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados relacionados al margen, ha visto los recursos de casación que, tramitados con el número 6027/09, han sido interpuestos por la DIPUTACIÓN FORAL y las JUNTAS GENERALES DE BIZKAIA, ambas instituciones representadas por el procurador don Julián del Olmo Pastor, y por don Cesar , doña Remedios y don Eduardo , representados por el procurador don Jacobo de Gandarillas Martos, contra la sentencia dictada el 27 de julio de 2009 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso 598/07 , en el que se impugnó la Norma Foral 2/2007, de 7 de febrero, de las Juntas Generales de Bizkaia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La sentencia recurrida estimó el recurso contencioso administrativo promovido por don Cesar , doña Remedios y don Eduardo contra la Norma Foral 2/2007, de 7 de febrero, de las Juntas Generales de Bizkaia, de modificación de la Norma Foral 2/1993, de 18 de febrero, de carreteras de Bizkaia (Boletín Oficial de Bizkaia -«BOB», en lo sucesivo- de 16 de febrero de 2007), anulando sus artículos 3.4; 4.2; y 6, apartados 2, 3, 4 y 5; así como la disposición final primera.

La Sala de instancia, en el primer fundamento, tras precisar el objeto del recurso y fijar las pretensiones de las partes, admite la legitimación de los recurrentes, integrantes de las Juntas Generales de Bizkaia, en aplicación de la doctrina sentada por esta Sala y Sección del Tribunal Supremo en sentencia de 12 de febrero de 2009 (casación 3349/06).

En el segundo fundamento jurídico describe el devenir del canon por la utilización de infraestructuras viarias en Bizkaia y en el tercero resume los argumentos de las partes en litigio, para en el cuarto reproducir el quinto fundamento de la citada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2009 , en el que se concluye la naturaleza de prestación patrimonial de derecho público del repetido canon y, en consecuencia, su sujeción al principio de legalidad.

A continuación razona en el quinto de sus fundamentos en los siguientes términos:

«Situados en el ámbito tributario, la Norma Foral General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia 2/2005, de 10 de marzo, dispone en el art. 7.a) que se regulará, en todo caso, por Norma Foral de las Juntas Generales la delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria; por su parte, el art. 4 establece que la potestad reglamentaria para el desarrollo de las normas tributarias corresponde a la Diputación Foral, a propuesta del Diputado de Hacienda y Finanzas.

Llegados a este punto, se impone analizar ahora si la regulación que se contiene en la delegación normativa, establece o no los criterios idóneos para circunscribir la decisión de los órganos que han de fijar los peajes, proscribiendo una actuación no sujeta a límites y garantizando una decisión suficientemente predeterminada, como dijo la STS de 12 de febrero 2.009 .

[...]

Como ocurrió con la Norma Foral 11/2002, anulada por el Tribunal Supremo, la Norma Foral 2/2007, no establece ningún límite máximo, explícita o implícitamente, a la cuantía del canon por utilización de infraestructuras viarias, cuando " la determinación de un límite máximo en la fijación del "quantum" de la prestación es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley" (STS de 12 de febrero de 2.009).

En este caso, además, la determinación de las carreteras a las que se les aplicará peaje se deja a la entera libertad de la Diputación Foral.

De lo que antecede, podemos concluir, que la delegación efectuada por la Norma Foral 2/2007 a favor de la Diputación Foral de Bizkaia para el establecimiento del peaje en la red de carreteras titularidad de las instituciones bizkaínas, no se ajusta a las exigencias del principio de legalidad tributaria, ni en la fijación del "quantum" de la prestación, ni en la determinación del hecho imponible, por dejar en manos de la Diputación Foral la fijación de dos elementos esenciales del tributo.

Por tanto, el recurso debe ser estimado y anulados los preceptos de la Norma Foral 2/2007 impugnados.»

SEGUNDO .- Todas las partes que han litigado en la instancia han interpuesto recurso de casación, por lo que, previo emplazamiento ante esta Sala, cada una formuló su respectivo recurso.

La Diputación Foral de Bizkaia lo hizo mediante escrito fechado el 10 de diciembre de 2009, en el que invocó siete motivos de casación, los tres primeros y el quinto al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio), y los restantes con arreglo a la letra d) del mismo precepto.

1º) En el primero denuncia la infracción del artículo 20.a) de la Ley de esta jurisdicción, de la disposición adicional primera de la Constitución Española, de los artículos 3, 24.2 y 37 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre (BOE de 22 de diciembre), y de la disposición adicional segunda, apartado primero, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local (BOE de 3 de abril), en relación con la Norma Foral 3/1987, de 13 de febrero, reguladora del régimen de organización y funcionamiento de los órganos del Territorio Histórico de Bizkaia (BOB de 23 de febrero) y el Reglamento de las Juntas Generales de Bizkaia, aprobado por el Pleno de las Juntas en sesión celebrada el 10 de abril de 1987, reformado mediante acuerdo de 16 de noviembre de 1988 (BOB de 15 de junio de 1989).

2º) La segunda queja se centra en la vulneración del artículo 19.a) de la Ley 29/1998.

3º) El tercer argumento del recurso tiene por objeto la infracción de los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley 29/1998, así como la del artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE de 8 de enero), en relación con los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española, por incurrir en incongruencia omisiva en relación con las alegaciones basadas en el derecho de la Unión Europea.

Recuerda que en la contestación a la demanda hizo valer el carácter prevalente de las Directivas 1999/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización por la utilización de determinadas infraestructuras (Diario Oficial de la Unión Europea -«DOUE», en adelante- nº L 187, de 20 de julio), y 2006/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, que modifica a la anterior (DOUE nº L 157, de 9 de junio). Sin embargo, la Sala de instancia no se pronunció sobre el particular.

4º) El siguiente motivo hace valer la vulneración de los artículos 10 y 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada publicada en el DOUE, nº C 321, de 29 de diciembre de 2006), ya que, según ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la luz de las Directivas mencionadas en el motivo anterior, los peajes de autopista se califican "a nivel comunitario" como contraprestaciones privadas distintas de los impuestos sobre los vehículos y de las tasas, con una caracterización muy cercana a las tarifas de nuestro derecho interno.

Subraya que la Norma Foral 2/2007 es una transposición expresa y casi literal de tales Directivas, pues a ello se encontraban obligadas las Juntas Generales ya que al menos una de las carreteras de competencia foral (la autopista A-8) forma parte de la red transeuropea de autopistas (TERN), por lo que su regulación, en lo que respecta a los vehículos pesados de transporte de mercancías, queda sometida a la Directiva 1999/62/CE.

Recuerda que el juez nacional está obligado a dejar inaplicadas las normas internas, incluso de rango constitucional, contrarias al derecho europeo, en particular las que se oponen a las disposiciones de una directiva, una vez transcurrido el plazo de trasposición.

5º) El quinto motivo tiene por objeto la infracción de los apartados 1 y 2 del ya citado artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil , en relación con la disposición adicional primera de la Ley 29/1998 y de los artículos 9.3 , 24.1 y 120.3 de la Constitución Española , por violación del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que incluye el de obtener una resolución fundada en derecho suficientemente motivada y no arbitraria.

Achaca a la sentencia recurrida las siguientes fallas:

A) No aportar una motivación explícita del carácter coactivo del peaje, ni de su condición de prestación patrimonial de carácter público y naturaleza tributaria.

B) No contener una motivación implícita o por referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2009 , ni de la remisión que esta última hace a cierta jurisprudencia constitucional.

C) Incurrir en arbitrariedad y desproporción al incluir decisiones materiales sustanciales carentes de fundamento o que exceden la consecuencia lógica de las argumentaciones expuestas en la propia sentencia.

6º) A continuación someto a debate la infracción de los artículos 31.3 y 133.1 de la Constitución y de la jurisprudencia que los interpreta, en relación con el carácter tarifario de los peajes de autopistas e infraestructuras viarias.

Subraya que desde 1998 este Tribunal Supremo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, viene sosteniendo la naturaleza jurídica tarifaria de los peajes de autopistas. Se trata de un precio que paga el usuario por la utilización de un servicio o del dominio público en el marco de una relación jurídica de tipo comercial y desprovista, por consiguiente, de coactividad. Los peajes, según esa jurisprudencia, son expresión de la potestad tarifaria de la Administración y no de la tributaria del Estado. Por ello, respecto de ellos no juega la reserva de ley. Cita las sentencias de 29 de enero de 1998 (apelación 3915/91) , 6 de febrero de 1999 (recurso contencioso-administrativo 400/97) , 12 de febrero de 2000 (recurso contencioso-administrativo 242/97) , 30 de abril de 2001 (recurso contencioso-administrativo 618/98) , 27 de mayo de 2002 (casación 1233/97) , 14 de octubre de 2003 (recurso contencioso-administrativo 56/00) , 4 de julio de 2006 (casación 9890/03) y 29 de mayo de 2007 (casación 8202/04) . Frente a ese criterio unánime, entiende insuficiente la invocación que la sentencia impugnada hace a la de 12 de febrero de 2009 (casación 3349/06) .

7º) La siguiente queja tiene que ver con la que juzga interpretación errónea del alcance de la reserva de ley del artículo 31.3 de la Constitución , tal y como ha sido configurada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Argumenta que, en la hipótesis de que el peaje de las autopistas se considerase una prestación patrimonial pública sometida a la reserva de ley que dispone el mencionado precepto constitucional, esta reserva tendría alcance relativo y estaría plenamente satisfecha por la actuación conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo al aprobar la Directiva 1999/62/CE, a quienes corresponde, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución , determinar el contenido de la regulación en esta materia. El efecto que la actuación comunitaria despliega sobre el titular de la potestad reglamentaria interna es el mismo que el que tendría la ley nacional, ya que la Directiva predetermina con detalle el contenido de la regulación de los peajes.

Termina solicitando el dictado de sentencia que case la recurrida y que, en su lugar, inadmita el recurso contencioso- administrativo o, subsidiariamente, lo desestime.

TERCERO .- Las Juntas Generales de Bizkaia formalizaron su recurso de casación en escrito fechado el 14 de diciembre de 2009 y haciendo valer cuatro motivos de casación, todos con arreglo a la letra d) del artículo 88.1 de la Ley de esta jurisdicción .

1º) En el motivo inicial denuncian la infracción del artículo 20 de la Ley 29/1998 , en relación con el 39 y la disposición adicional segunda de la Ley reguladora de las bases del Régimen Local , la disposición adicional primera de la Constitución Española y los artículos 3, 24 y 37 del Estatuto de Autonomía del País Vasco.

Subrayan que, en orden a la legitimación de los junteros demandantes para impugnar la norma foral aprobada, la sentencia impugnada sigue el criterio de la pronunciada por esta Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2009 , que en su cuarto fundamento contiene un argumento que resulta "significativamente confuso", aplicando de una manera un "tanto burda" la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 173/2004 .

Explican que la mencionada sentencia del Tribunal Supremo aplica supletoriamente la normativa local, pero, a su juicio, en el caso no hay laguna que permita esa aplicación, ya que el artículo 20.a) de la

Ley reguladora de esta jurisdicción establece una regla general de exclusión o prohibición de legitimación, consecuencia de la doctrina que prohíbe accionar contra los actos propios, que opera con plena normalidad en tanto no haya excepción expresa establecida por ley específica, y esa excepción existe en el caso debatido.

Discrepan del criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2009 en cuanto vincula la legitimación de los junteros discrepantes con su derecho fundamental ex artículo 23.1 de la Constitución, en su vertiente de derecho al ejercicio o permanencia en el cargo, pues esta vinculación vacía de contenido el artículo 20.a) de la Ley de esta jurisdicción, contradice plenamente la regulación del recurso de inconstitucionalidad en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE de 5 de octubre), y se basa en una interpretación desmedida de la sentencia del Tribunal Constitucional 173/2004, resolutoria de un recurso de amparo contra la negativa a reconocer legitimación para recurrir en vía contencioso-administrativa un acuerdo municipal a un concejal que, por no formar parte del órgano municipal que lo adoptó, no pudo votar en contra del mismo.

Niegan que la competencia para dictar la norma a la que se refiere el artículo 20.a), *in fine*, de la Ley de esta jurisdicción corresponda al Estado y destaca la contradicción del argumento de la sentencia de 12 de febrero de 2009, pues no puede afirmarse la existencia de una laguna en el ordenamiento autonómico como fundamento de la aplicación supletoria de la legislación básica local y al tiempo sostener la ausencia de competencia de las autoridades legislativas de aquél; la incompetencia generaría la nulidad de la disposición que se echa en falta.

En su opinión, la competencia para dictar esa norma es autonómica y lo único que sucede es que el legislador autonómico competente (el foral) ha considerado adecuadamente resuelta la cuestión con la regla general prohibitiva del artículo 20.a) de la Ley 29/1998, sin necesidad de crear legitimaciones específicas adicionales.

2º) En el segundo motivo juzgan desconocida la jurisprudencia sobre la naturaleza tarifaria y no tributaria de los peajes que deben abonar los usuarios de las autopistas de peaje como contraprestación por su uso.

Traen a colación la sentencia de 30 de abril de 2001 (recurso contencioso-administrativo 618/98), que apela a precedentes del propio Tribunal Supremo para reafirmar la naturaleza tarifaria de los peajes de autopistas y separarlos de los tributos, incluso de la condición de prestación patrimonial de carácter público. Recuerda que esta tesis ha sido después confirmada en sentencia de 27 de mayo de 2002 (recurso contencioso-administrativo 1233/97), 14 de octubre de 2003 (recurso contencioso-administrativo 56/00), 4 de julio de 2006 (casación 9890/03) y 29 de mayo de 2007 (casación 8202/04).

Afirman que la sentencia impugnada no alude, como tampoco la de 12 de febrero de 2009, a esa jurisprudencia ampliamente consolidada y, por ende, no razona por qué se aparta de ella. Destacan que se ha dado respuesta a esa sorpresiva marginación de la jurisprudencia en el auto de 20 de junio de 2009, resolviendo el incidente de nulidad de actuaciones suscitado contra aquella sentencia de 2009, en el que se suministra una respuesta que, a juicio de las Juntas Generales recurrentes, no es de recibo, pues no aporta una explicación jurídicamente razonable y razonada. Es cierto que los precedentes mencionados hacían referencia a autopistas en régimen de concesión, pero no puede soslayarse que aquella que todos consideran como el *leading case* y referente doctrinal, la de 29 de enero de 1998 (apelación 3915/91), se refiere a las tarifas percibidas por una sociedad pública municipal de transportes y, entre los criterios por ella retenidos para afirmar la naturaleza jurídica tarifaria, distinta y contrapuesta a la prestación patrimonial pública del artículo 31.1 de la Constitución, no aparece en momento alguno el requisito del contrato concesional con el ente titular del servicio. Entienden que los requisitos y elementos conceptuales que identifican la tarifa como instituto jurídico y la caracterizan por contraste con los ingresos públicos, tributarios o no, trascienden a la relación concesional y se dan o pueden dar también en las otras formas de derecho privado admitidas por la legislación vigente para la gestión de los servicios públicos.

Argumentan que las tarifas se contraponen a los ingresos públicos. Lo esencial de ellas es que son ingresos de entes privados, sujetos a un régimen jurídico de derecho privado y no de derecho público. La Administración titular del servicio interviene en su fijación como consecuencia de dicha titularidad. Pero deben responder al sinalagma económico sobre el que se fundamenta la concesión, encomienda o encargo al ente privado mediante la forma legal procedente. El contrato de concesión es una de esas fórmulas, la más usual sin duda, pero no la única. No obstante, la intervención decisiva de la Administración titular del servicio en la fijación de la tarifa, ésta debe ajustarse a las políticas públicas sobre precios privados de que se trate. Y como tal precio privado será controlada por la Administración competente en materia de precios.

Frente a esta tesis jurisprudencial de tarifa que defiende, reconocen que podría aducirse que el Tribunal Constitucional en su sentencia 182/1997 sostuvo el carácter de prestación patrimonial de carácter público del artículo 31.1 de la Constitución de la prestación allí enjuiciada [el subsidio para trabajadores en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional al que se refería el artículo 6.1 del Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, de medidas presupuestarias urgentes (BOE de 23 de julio)], pero esa prestación nada tiene que ver, en su opinión, con la aquí considerada tanto desde el punto de vista de la coactividad como desde el régimen jurídico de la prestación misma, que en este caso es de derecho privado.

Concluyen que se está ante una tarifa en la medida en que se enjuicia la naturaleza jurídica de una contraprestación abonada a una sociedad anónima cuyo capital es de titularidad pública por el uso normal de una autopista de peaje, esto es, ante una contraprestación de derecho privado abonada como precio a una entidad privada propiedad de la Administración, que explota el servicio público mediante una relación jurídica de índole contractual. Por consiguiente, la competencia administrativa para su fijación corresponde al ejercicio de la llamada potestad tarifaria, que opera en el contexto de una relación económica de carácter sinalagmático. No constituye el peaje, por tanto, un ingreso de la Hacienda Foral. Su percepción responde a un régimen de derecho privado, que disciplina las relaciones entre la sociedad explotadora y el conductor-usuario y no a uno de derecho público como es el que disciplina los créditos de la hacienda pública con los ciudadanos contribuyentes. En fin, esa naturaleza jurídica tarifaria excluye la condición de prestación patrimonial de carácter público del artículo 31.3 de la Constitución.

3º) El tercer argumento del recurso de las Juntas Generales de Bizkaia denuncia la infracción del precepto constitucional acabado de citar, así como la del artículo 133 de la propia norma suprema.

Frente a los razonamientos de la sentencia impugnada, que hace suyos los de la pronunciada por este Tribunal Supremo el 12 de febrero de 2009, sostiene que el pago del peaje deviene obligatorio sólo como consecuencia del preciso acto voluntario del automovilista de tomar la autopista frente a la alternativa de la carretera nacional. El pago del peaje opera como elemento disuasorio que empuja a optar por la alternativa de la carretera nacional libre de peaje. No hay, pues, coactividad, que constituye nota esencial característica de toda prestación patrimonial pública, como recordó la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, y que justifica precisamente la sujeción al principio de legalidad de la regulación de los elementos esenciales que la configuran.

Afirman que si se confronta el caso del peaje litigioso con los supuestos que ha configurado la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta claro que aquél no se abona por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, como pretende la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2009. El pago del peaje es el uso sin exclusión de nadie, que no conlleva aprovechamiento alguno, siendo en todo caso normal y coherente con el fin al que sirve la condición demanial del bien. Por otro lado, el supuesto de hecho al que se anuda el pago del peaje no es de recepción obligatoria; implica la opción por un medio de transporte frente a otro y, supuesta la opción anterior, implica la decisión voluntaria de tomar la autopista en lugar de la carretera nacional, lo que excluye su carácter de objetivamente indispensable. En fin, la condición monopolística de la actividad se contrapone en todo caso a la titularidad privada de la explotación y a la pluralidad de modos de transporte disponibles.

4º) El último motivo se centra en la contravención de la Directiva 1999/62/CE, modificada por la Directiva 2006/38/CE, en relación con el artículo 93 y la disposición adicional primera de la Constitución Española, así como con lo dispuesto en los artículos 10.34 y 37 del Estatuto de Autonomía del País Vasco.

Argumentan que la reforma de 2006 en la Directiva 1999/62/CE perseguía establecer reglas y mecanismos que permitiesen objetivar los costes externos que deben imputarse al transporte, en orden a determinar con mayor propiedad el coste real de la actividad y lograr su pago por el usuario. Y precisan que la Norma Foral impugnada es el instrumento de la transposición al derecho interno de la Directiva citada, que se presenta así como la norma de cabecera de este sector del ordenamiento, con primacía sobre cualesquiera disposiciones internas, imponiendo además la obligación de interpretar la normativa interna conforme a sus dictados.

Subrayan que el parámetro comunitario europeo fue objeto central del debate jurídico en el proceso de instancia, sin que la sentencia impugnada lo haya considerado, incurriendo así en una incongruencia omisiva vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva.

Razonan que la Directiva 1999/62 acogió, ya desde sus primeros textos, dos tipos de contraprestaciones por el uso de infraestructuras viarias: los peajes y las tasas. Se tratan de categorías propias del derecho comunitario, que han de tener forzosamente una correspondencia con las vigentes en el derecho interno.

En el caso español, las disposiciones de transposición, la Norma Foral aquí impugnada y el Real Decreto 713/2009, de 24 de abril, por el que se establecen los criterios para la determinación de los peajes a aplicar a determinados vehículos de transporte de mercancías en las autopistas en régimen de concesión de la Red de Carreteras del Estado incluidas en la Red Transeuropea de Carreteras (BOE de 8 de mayo), han optado por la modalidad del peaje con exclusión de la tasa. El hecho de que el Real Decreto sólo se refiera a las autopistas en régimen de concesión nada añade ni quita. Sólo significa que en el ámbito de las carreteras de competencia del Estado el peaje de la Directiva sólo se aplica a esas carreteras y no en otras. Pero las Instituciones Forales vascas, en el ámbito de sus competencias, han optado por una opción ligeramente diferente, que prescinde del dato de la fórmula jurídica concesional. Se trata de un dato ajeno a la Directiva y que, desde el punto de vista del derecho de la Unión Europea, resulta indiferente en punto a optar por una u otra modalidad de contraprestación.

Terminan solicitando el pronunciamiento de sentencia que case la recurrida y que, en su lugar, declare la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo y, subsidiariamente, la conformidad a derecho de la Norma Foral 2/2007 de las Juntas Generales de Bizkaia.

CUARTO .- Don Cesar , doña Remedios y don Eduardo interpusieron su recurso de casación el 16 de diciembre de 2009, sustentándolo en un único motivo al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de esta jurisdicción .

Denuncian una incongruencia omisiva infractora de los artículos 24 de la Constitución , 11.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio), 67 de la Ley reguladora de esta jurisdicción y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil . Indican que en la demanda pidieron que la declaración de nulidad de los contenidos de la Norma Foral 2/2007 se extendiera también a la eventual normativa de desarrollo de la misma, por lo que el pronunciamiento anulatorio debió alcanzar a los decretos forales 195/2008, de 16 de diciembre, sobre los peajes aplicables en las partes de la red de infraestructuras viarias del Territorio Histórico de Bizkaia que se determinan (BOB de 24 de diciembre), y 196/2008, de 16 de diciembre, por el que se determinan las cuantías del peaje sobre determinadas partes de la red de infraestructuras viarias establecido por el Decreto Foral 195/2008 (BOB de 24 de diciembre).

Subrayan que la Sala sentenciadora era perfecta conocedora de tales normas pues las cita expresamente en su sentencia (últimos párrafos del fundamento segundo y párrafo decimotercero y decimonono del quinto fundamento), encontrando en ellos motivos adicionales para fundamentar la ilegalidad de la Norma Foral 2/2007 por el claro exceso de delegación normativa y vulneración del principio de legalidad en que incurre al no respetar la reserva normativa en favor de las Juntas Generales.

Se da así la paradoja de que la Sala de instancia anula la disposición final primera de la Norma Foral 2/2007 por el exceso de delegación que supone la remisión en blanco a la Diputación Foral de Bizkaia para que cree el peaje, identifique los tramos en los que aplicarlo y lo cuantifique; sin embargo, deja de pronunciarse, a pesar de que se le solicita en el suplico de la demanda, sobre la nulidad de los concretos instrumentos normativos (los ya citados Decretos Forales) mediante los que se comete el desaguizado y toma cuerpo la vulneración del principio de legalidad.

Consideran que en virtud del artículo 27.2 de la Ley 29/1998, la Sala de instancia estaba obligada a pronunciarse sobre la legalidad de los Decretos Forales y concluyen que su negativa a extender la declaración de ineficacia a los mismos constituye una denegación de justicia contraria al artículo 24 de la Constitución .

QUINTO .- En auto de 10 de junio de 2010, la Sección Primera de esta Sala resolvió rechazar *a limine* los dos primeros motivos del recurso de la Diputación Foral de Bizkaia y admitir el resto de las quejas de su recurso, así como íntegramente los otros dos, instados por las Juntas Generales de dicho Territorio Histórico y por los citados tres miembros de las mismas.

SEXTO .- Estos tres últimos se opusieron a los recursos de casación de las dos instituciones forales en escrito presentado el 4 de noviembre de 2010.

Se sorprenden de que sean las propias Juntas Generales las que persigan neutralizar cualquier legitimación de sus miembros para impugnar sus normas y para oponerse a su planteamiento invocan la sentencia dictada por esta Sala el 12 de febrero de 2009 , ya repetidamente citada. Añaden que, en cualquier caso, defienden un interés legítimo y particular al impugnar la Norma Foral 2/2007.

Consideran que no existe la incongruencia omisiva denunciada en el tercer motivo del recurso de casación de la Diputación Foral de Bizkaia y, en cuanto al cuarto, razonan que la tesis que defiende la

aplicación mimética y prevalente de la ordenación comunitaria sobre la normativa interna conduce a la infracción de la reserva constitucional de ley.

Niegan, ya respondiendo al quinto motivo de la Diputación Foral, que la sentencia discutida carezca de motivación sobre el carácter coactivo del peaje, ni sobre su condición de prestación patrimonial de carácter público y naturaleza tributaria. Buena prueba de que no es así, son las consideraciones que se contienen en este motivo discrepando de las razones dadas por la Sala de instancia. Añaden que resulta suficiente la motivación por remisión a la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2009. Concluyen este punto afirmando que la sentencia guarda total congruencia con los pedimentos de la demanda, no anulándose más disposiciones y preceptos que aquellos que se solicitaron en el suplico.

Frente al sexto motivo de la Diputación afirman que el discurso de la sentencia responde a un proceso razonado, razonable y motivado, que encuentra sustento en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2009 y en el auto que la aclaró, dictado el 20 de julio del mismo año. Y, tratándose de la séptima queja, afirman que la interpretación que recoge la sentencia no incurre en una interpretación errónea del artículo 31.3 de la Constitución.

Para oponerse a los motivos segundo a cuarto del recurso de casación de las Juntas Generales de Bizkaia se remiten a lo ya razonado al contestar al recurso de la Diputación Foral.

SÉPTIMO . - Las Juntas Generales de Bizkaia contestaron al recurso de los tres junteros mediante escrito presentado el 25 de octubre de 2010.

Inician su alegato insistiendo en la falta de legitimación de los tres demandantes, que se proyectaría a este recurso de casación. En cuanto al fondo, consideran que la sentencia no infringe el artículo 24 de la Constitución por no declarar la nulidad de los Decretos Forales 195/2008 y 196/2008. Como dijo la propia Sala de instancia en auto de 21 de septiembre de 2010, los mencionados Decretos Forales no fueron impugnados en la demanda, sin que quepa articular pretensiones *ad cautelam*, pretendiendo la nulidad de disposiciones inexistentes; no cabe impugnar futuribles.

Añade que el motivo de casación articulado de contrario contradice otras actuaciones procesales de los recurrentes, que en la instancia pidieron la ampliación de la demanda a los Decretos Forales mencionados, pero lo hicieron en un momento procesal inoportuno, cuando ya el debate se había desenvuelto en su totalidad, estando pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo.

Consideran que la circunstancia de que la Sala de instancia citara aquellas disposiciones en su sentencia no le autorizaba a pronunciarse sobre su nulidad, pues no habían sido impugnadas, sin que el artículo 27.2 de la Ley de esta jurisdicción le obligara a hacerlo, máxime cuando al tiempo de aprobarse los Decretos Forales en cuestión el debate en el proceso se encontraba ya cerrado.

OCTAVO .- La Diputación Foral de Bizkaia se opuso al recurso de Don Cesar, doña Remedios y don Eduardo en escrito registrado el 3 de noviembre de 2010.

De entrada, pide su inadmisión puesto que la sentencia estimó íntegramente la demanda de dichos tres junteros, acogiendo sus pretensiones, sin que los Decretos Forales 195/2008 y 196/2008, a los que se pretende extender la anulación, fueran objeto del recurso. También se oponen a que se dé curso a este recurso por introducir cuestiones nuevas no suscitadas en la instancia, tal cual es la pretensión de nulidad de los Decretos Forales citados, que no aparecía en el suplico de la demanda.

Argumenta también que no existe cauce procesal para impugnar la denegación de ampliación y la denegación de acumulación acordadas por la Sala de instancia en autos de 6 de marzo, 22 de abril y 29 de mayo de 2009. Considera la Diputación Foral que con este motivo de casación se reabre de nuevo, por cauce indebido, el debate sobre aquellas ampliación y acumulación, ya rechazadas. Informa a esta Sala la Diputación de que los mismos recurrentes interpusieron recurso contencioso-administrativo por separado contra los Decretos Forales 195/208 y 196/2008, que fueron inadmitidos por extemporáneos en auto de 2 de noviembre de 2009, hoy firme al haber sido declarado desierto el recurso de casación inicialmente anunciado en auto de la Sección Primera de esta Sala de 15 de junio de 2010 (casación 2532/10).

Concluye que en cualquier caso el recurso debe ser desestimado al no haberse producido la infracción que se denuncia mediante su interposición, pues la sentencia impugnada no ha incurrido en incongruencia por omisión al haberse pronunciado sobre la pretensión articulada, sin que hubiera lugar a resolver sobre los citados Decretos Forales habida cuenta de que la Sala de instancia decidió legítimamente no extender el recurso a tales normas.

NOVENO. - Las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, circunstancia que se hizo constar en diligencia de ordenación de 19 de febrero de 2013, fijándose al efecto el día 20 de marzo de 2013.

La deliberación se ha extendido a lo largo de diversas sesiones, dictándose esta sentencia en el plazo de diez días una vez decididas todas las cuestiones suscitadas.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Los tres recursos de casación que resolvemos en esta sentencia se dirigen contra la dictada el 27 de julio de 2009 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco . Este pronunciamiento jurisdiccional, estimando el recurso contencioso-administrativo 598/07 interpuesto por don Cesar , doña Remedios y don Eduardo , miembros de las Juntas Generales de Bizkaia, declaró la nulidad de los artículos 3.4, 4.2 y 6, apartados 2 a 5, así como de la disposición final primera de la Norma Foral 2/2007 de las mencionadas Juntas Generales, de modificación de la Norma Foral 2/1993, de carreteras de Bizkaia.

Tras el auto de la Sección Primera de esta Sala, de 10 de junio de 2010 , el debate en esta sede queda circunscrito a las siguientes cuestiones:

1ª) La legitimación de los miembros de las Juntas Generales de Bizkaia para impugnar sus decisiones en la vía contencioso- administrativa (motivo 1º del recurso de las Juntas Generales).

2ª) La incidencia del derecho de la Unión Europea en la cuestión debatida (motivos 3º y 4º del recurso de la Diputación Foral y el 4º del recurso de las Juntas Generales).

3ª) La naturaleza de los peajes cobrados a los usuarios de las autopistas (motivos 5º a 7º de la Diputación Foral y motivos 2º y 3º de las Juntas Generales).

4ª) La eventual incongruencia *ex silentio* de la sentencia impugnada por no extender su pronunciamiento de nulidad a los Decretos Forales 195/2008 y 196/2008 (recurso de casación de los tres junteros).

Antes de abordar el análisis de las citadas cuatro cuestiones (si es que a ello hubiere lugar) a través del prisma que proporcionan los distintos motivos de casación, se ha de dejar constancia de que la sentencia impugnada, tanto en orden a la legitimación de los miembros de las Juntas Generales como respecto de la naturaleza de los peajes de las autopistas, sigue la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de febrero de 2009 (casación 3349/06), que declaró la nulidad de la Norma Foral 11/2002 , de 12 de diciembre, de las Juntas Generales de Bizkaia, por la que se creó y reguló el canon de utilización de infraestructuras viarias y se regularon determinados aspectos del régimen tributario de la sociedad pública foral «Bizkaiko Hegoaldeko Akzesibilitatea, S.A.» (BOB de 10 de enero de 2003). Tan es así que las impugnaciones de las dos instituciones forales citadas en algunos de sus pasajes parecen dirigirse contra nuestra sentencia de 12 de febrero de 2009 , antes que contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que es su objeto inmediato.

SEGUNDO .- En el primer motivo de su recurso, las Juntas Generales de Bizkaia denuncian la infracción del artículo 20 de la Ley 29/1998 , en relación con el 39 y la disposición adicional segunda de la Ley reguladora de las bases del Régimen Local , la disposición adicional primera de la Constitución Española y los artículos 3, 24 y 37 del Estatuto de Autonomía del País Vasco.

Consideran que, para reconocer legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo a los junteros, no cabe aplicar supletoriamente la normativa local, pues no hay laguna alguna que colmar, ya que la regulación se encuentra en el artículo 20 citado, sin que el legislador autonómico, competente en la materia, haya considerado pertinente reconocer a los miembros de sus instituciones esa legitimación, que, por lo demás, no puede venir reconocida como contenido de su derecho fundamental *ex* artículo 23.1 de la Constitución .

El artículo 20 de la Ley de nuestra jurisdicción niega, en su letra a), legitimación activa para interponer recurso contencioso- administrativo contra los actos de una Administración pública a los órganos de la misma y a los miembros de sus órganos colegiados. Esta norma tiene su fundamento en el designio legal de que las decisiones de los órganos administrativos se adopten en su seno de acuerdo con las reglas de mayoría aplicables, sin que los debates propios de la sede administrativa se trasladen al ámbito jurisdiccional (apartado 2º del voto particular del magistrado Sr. Delgado Barrio a la STC 108/2006). No obstante, el propio

legislador, en el inciso final de esa letra a), ha previsto una excepción para el caso de que «una ley lo autorice expresamente».

Esta excepción, que el legislador quiere expresa, se encuentra plasmada en el ámbito local en el que el artículo 63.1.b) de la Ley reguladora de las bases del Régimen Local , donde se reconoce legitimación para impugnar los actos y acuerdos a los miembros de la corporación que hubieran votado en contra de los mismos. El Tribunal Constitucional ha realizado, desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución , una interpretación amplia de esta previsión legal, tanto en relación con concejales (SSTC 173/2004 y 210/2009) como respecto de diputados provinciales (STC 108/2006), marcando unas pautas seguidas por esta Sala en la sentencia de 12 de febrero de 2009 , cuya doctrina aplica la aquí recurrida.

Para el máximo intérprete de la Constitución no se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino que deriva directamente de la condición de representante popular y se justifica en el interés de controlar el correcto funcionamiento de la entidad local, que no sólo alcanza a los miembros del órgano que hubieren votado en contra o manifestado su disidencia de otra manera, sino también a los que no hubieren formado parte del mismo por causas ajenas a su voluntad (SSTC 173/2004 , FJ 4º, 109/2006, FJ 3º , y 210/2009 , FJ 4º). En esta visión amplia [reproducida en el ATC 174/2007 para no admitir a trámite una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 20.a) de la Ley de esta jurisdicción en cuanto emplea el adverbio "expresamente" y seguida por esta Sala en la sentencia de 10 de mayo de 2010 (casación 1424/08 , FJ 3º)] se sustenta la decisión que adoptamos en la sentencia de 12 de febrero de 2009 .

Allí, teniendo a la vista la doctrina de la STC 173/2004 , concluimos que no habiendo norma foral que haya regulado la legitimación de los junteros, les resultaba aplicable el artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985 , en virtud de lo dispuesto en su artículo 39 y en la disposición adicional segunda (FJ 4º). Es contra este modo de razonar frente al que se revelan las Juntas Generales de Bizkaia en el motivo inicial de su recurso y se revelaba la Diputación Foral en los dos primeros del suyo, pero que fueron rechazados *a limine* en el auto adoptado por la Sección Primera de esta Sala el 10 de junio de 2010 .

Hemos de darles la razón, separándonos del criterio que mantuvimos en la citada sentencia de 2009, para rectificarlo.

El artículo 39 de la Ley 7/1985 dispone que «los órganos forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya conservan su régimen peculiar en el marco del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco. No obstante, las disposiciones de la presente Ley les serán de aplicación con carácter supletorio». Por su parte, la disposición adicional, en su apartado 1, preceptúa que, «de acuerdo con la disposición adicional primera de la Constitución y con lo dispuesto en los artículos 3 , 24.2 y 37 del Estatuto Vasco, los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya organizarán libremente sus propias instituciones y dictarán las normas necesarias para su funcionamiento, sin que les sean de aplicación las contenidas en la presente Ley en materia de organización provincial».

Resulta indiscutible, según recordamos en la sentencia de 12 de febrero de 2009 , que el artículo 20.a) de la Ley 29/1998 regula una materia de la exclusiva competencia estatal. Así se deduce del artículo 149.1.6ª de la Constitución . Pero igual de cierto es que la "ley" a la que remite el mencionado precepto procesal es la reguladora de la organización y estructura de la Administración pública de que se trate, ámbito en el que operan otros títulos competenciales. En el caso que nos ocupa, esos títulos son los de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a la que corresponde regular sus instituciones privativas de autogobierno (artículos 148.1.1ª de la Constitución y 3 de su Estatuto de Autonomía), en particular las instituciones forales de los Territorios Históricos (disposición adicional primera de la Constitución y artículos 24.2 y 37 de dicho Estatuto).

Por consiguiente, habrá que acudir a la normativa reguladora de las Juntas Generales de Bizkaia para comprobar si contiene alguna previsión específica en orden al reconocimiento a sus miembros de legitimación para impugnar en la vía contencioso- administrativa los actos y disposiciones a cuya aprobación se hayan opuesto. Pues bien, la Norma Foral 3/1987, reguladora del régimen de organización y funcionamiento de los órganos del Territorio Histórico de Bizkaia, no integra previsión alguna sobre el particular. Tampoco el Reglamento de las Juntas Generales de Bizkaia, de 10 de abril de 1987. Ambas disposiciones carecen de toda previsión que discipline, ni siquiera de forma indirecta, el régimen jurídico para el control externo de las disposiciones y actos de las Junta Generales, por lo que ha de concluirse, ante tal silencio, que el legislador competente ha considerado adecuadamente resuelta la cuestión con la regla general prohibitiva del artículo 20.a) de la Ley de esta jurisdicción . La inexistencia de una regulación *ad hoc* sobre la legitimación procesal de los junteros implica una opción legislativa por su no reconocimiento, acogéndose a la regla general del citado artículo 20.a), opción legislativa que se refuerza si se tiene presente que dichas disposiciones forales,

anteriores a la Ley 29/1998 , no han sido modificadas una vez aprobada esta última con la ordenación que contiene su artículo 20.a). Así pues, el poder público que tiene atribuida la competencia para organizar sus instituciones de autogobierno no ha considerado necesario excepcionar para su Administración la regla general prohibitiva que incorpora el repetido artículo 20.a).

Por lo demás, no resulta posible la aplicación supletoria del artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985 , usando la previsión del artículo 39 de la misma Ley . La técnica aplicativa de normas basada en la supletoriedad, para llenar las lagunas o vacíos en la ordenación no resulta adecuada allí donde una norma general prohibitiva sólo admite excepciones expresamente previstas. Quedaría vacía de contenido la voluntad del legislador estatal de que los miembros de los órganos colegiados de una Administración sólo puedan impugnar los acuerdos adoptados cuando una norma legal así lo autorice expresamente, si, ante el silencio de esa norma legal y la ausencia de la requerida previsión expresa, se aplicara supletoriamente la ordenación dispuesta por un poder distinto para una Administración diferente.

Estas razones justifican que rectifiquemos el criterio mantenido en nuestra sentencia de 12 de febrero de 2009 y que concluyamos ahora que los junteros que interpusieron el recurso contencioso-administrativo contra la Norma Foral 2/2007 carecían de legitimación para hacerlo. Al no entenderlo así, la Sala de instancia incurrió en las infracciones que denuncian las Juntas Generales de Bizkaia en el primer motivo de casación.

Esta solución no contradice la doctrina del Tribunal Constitucional, que se ha centrado en la aplicación del artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985 a concejales y diputados provinciales, debiendo interpretarse su visión amplia desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución como el resultado natural de la previsión del legislador en el ámbito local, pero que no necesariamente debe extenderse al entorno de otras Administraciones, habida cuenta del carácter de derecho fundamental de configuración legal que el propio máximo intérprete reconoce al proclamado en el mencionado precepto constitucional. El contenido esencial de esa garantía constitucional no reclama que los junteros que quedan en minoría puedan impugnar las decisiones de las Juntas Generales que no comparten.

Por lo demás, el derecho de los junteros ex artículo 23.2 de la Constitución se agota en el ejercicio del cargo en el seno de la institución foral conforme a las normas que regulan su estatuto, sin restricciones ilegítimas y sin ser inquietados indebidamente; no pide, sin embargo, el reconocimiento de su legitimación para impugnar los acuerdos o las normas forales a cuya aprobación se hayan opuesto, salvo que, como reza el artículo 20.a) de la Ley 29/1998 , la ley reguladora de ese estatuto así expresamente lo reconozca, lo que, como se ha visto, no es el caso.

TERCERO .- Debemos, por consiguiente, casar la sentencia de instancia y, resolviendo el debate en los términos suscitados conforme ordena el artículo 95.2.d) de la Ley reguladora de esta jurisdicción , inadmitir el recurso contencioso-administrativo entablado por don Cesar , doña Remedios y don Eduardo contra la Norma Foral 2/2007, por carecer de legitimación.

No resulta posible reconocerles esa legitimación por el cauce general del artículo 19 de la Ley 29/1998 , como unos ciudadanos más, porque a parte de que no hicieron valer tal título, se ha de recordar que la Norma Foral 2/2007, que modifica la 2/1993, regula, *in abstracto*, las carreteras que dependen de la Diputación Foral de Bizkaia. La pretensión de legitimación en cuanto eventuales usuarios de la red de carreteras de Bizkaia encubre en realidad un mero interés en la legalidad, que carece de la conexión necesaria exigida por nuestra jurisprudencia para que un particular pueda impugnar, como portador de un interés legítimo, una disposición de carácter general, por lo que su admisión produciría como resultado la elusión indebida de la norma prohibitiva del artículo 20.a) de la Ley de esta jurisdicción , al tiempo que incurriría en fraude de ley.

CUARTO .- El anterior desenlace deja sin contenido los demás motivos del recurso de las Juntas Generales de Bizkaia y aquellos que fueron admitidos a trámite del de la Diputación Foral. Igual ocurre con el recurso de casación de los tres junteros, pues una vez inadmitido el recurso contencioso-administrativo nada hay que decidir sobre la cuestión de fondo ni sobre el alcance del pronunciamiento estimatorio de la demanda, que, por nuestra decisión, ha desaparecido del mundo del derecho.

QUINTO .- El resultado al que llegamos aconseja que, en aplicación del artículo 139.2 de la Ley reguladora de esta jurisdicción , no hagamos un especial pronunciamiento sobre las costas causadas en la tramitación de los tres recursos de casación, sin que, en virtud del apartado 1 del mismo precepto, se aprecien circunstancias de mala fe o de temeridad que obliguen a imponer expresamente a una de las partes las costas de la instancia.

FALLAMOS



1º) Acogemos el primer motivo del recurso de casación interpuesto por las JUNTAS GENERALES DE BIZKAIA contra la sentencia dictada el 27 de julio de 2009 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso 598/07 , que casamos y anulamos.

En su lugar, no admitimos a trámite, por falta de legitimación activa, el recurso contencioso-administrativo instado por don Cesar , doña Remedios y don Eduardo frente a la Norma Foral 2/2007, de 7 de febrero, de las Juntas Generales de Bizkaia, de modificación de la Norma Foral 2/1993, de 18 de febrero de carreteras de Bizkaia (Boletín Oficial de Bizkaia de 16 de febrero de 2007).

2º) Declaramos sin objeto el resto de los motivos del recurso de casación de las mencionadas Juntas Generales, así como aquellos que fueron admitidos a trámite del recurso de casación de la DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA y el recurso de casación que los tres citados junteros interpusieron contra la misma sentencia.

3º) No hacemos un especial pronunciamiento sobre las costas causadas, tanto en la instancia como en casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Rafael Fernandez Montalvo D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Emilio Frias Ponce D. Angel Aguallo Aviles D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Jose Antonio Montero Fernandez D. Oscar Gonzalez Gonzalez D. Ramon Trillo Torres D. Manuel Martin Timon D. Juan Gonzalo Martinez Mico **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretaria, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CEND