

## **SALA TERCERA**



## INDICE SISTEMÁTICO

*Página*

---

I. ADMINISTRATIVO	
1. ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO .....	167
1.1. Derecho adquirido por silencio positivo y resolución expresa tardía en sentido denegatorio: improcedencia. Necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio .....	167
1.2. Caducidad del procedimiento sancionador: Momento en que se produce. Plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo .....	168
2. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.....	172
2.1. Efectos estimatorios del silencio previstos en el art. 43 de la Ley 30/1992. Examen de su aplicación a las reclamaciones de intereses formuladas por la empresa contratista durante la ejecución del contrato .....	172
2.2. Prohibiciones de contratar. Interpretación de la expresión «resolución firme» del art. 20.c) de la Ley 13/1995. Prescripción de la acción administrativa para declarar la prohibición .....	173
2.3. Efectos de una oferta presentada fuera de plazo .....	174
3. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO .....	174
3.1. Actividades financieras de las entidades de crédito ....	174
3.1.1. Sanciones. Responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración. Dotación de provisiones. Caducidad del procedimiento. Sustitución provisional del Consejo de Administración.	174
3.2. Derecho de la competencia.....	176
3.2.1. Prácticas restrictivas. Estaciones de servicio. Distribución de productos petrolíferos. Contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión ..	176

3.2.2.	Pactos colusorios. Unificación de condiciones de acceso relativas a las tarjetas de pago y de conductas respecto de los establecimientos comerciales que incurran en prácticas irregulares .....	177
3.2.3.	Transporte aéreo. Acuerdos interlíneas. Concertación de tarifas .....	178
3.3.	Seguridad industrial .....	178
3.3.1.	Sanciones. Extensión de las obligaciones de seguridad industrial .....	178
3.4.	Comisión Nacional del Mercado de Valores .....	179
3.4.1.	Información privilegiada. Realización de operaciones sobre valores negociables por cuenta propia o ajena.....	179
3.5.	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.....	179
3.5.1.	Traslado de la sede de la Comisión. Insuficiencia de la memoria justificativa e insuficiencia de la memoria económica .....	179
3.6.	Industria y energía .....	181
3.6.1	Estaciones de Inspección Técnica de Vehículos. Requisitos técnicos. Nulidad de los arts. 4 y 5 y de los apartados 1, 2 y 3 de la Disposición Transitoria 2. <sup>a</sup> del Real Decreto 833/2003.....	181
3.6.2.	Seguridad industrial. Instalaciones eléctricas de baja tensión. Orden autonómica que atempera los requisitos establecidos reglamentariamente. Nulidad parcial.....	182
4.	EXPROPIACIÓN FORZOSA.....	182
4.1.	Vía de hecho del art. 30 LRJCA: naturaleza, requisitos, finalidad. Inexistencia. Actuación administrativa en el marco del procedimiento expropiatorio. Anulación por sentencia firme del acuerdo que legitimaba la ocupación de la finca: cesación de la misma y reparación de los eventuales daños a plantear en el incidente de ejecución .	182
4.2.	Expropiación forzosa: instalación de infraestructuras básicas de abastecimiento de aguas a cargo del Canal de Isabel II. Desaparición de la causa expropiandi: afectación parcial de la finca expropiada a la creación de zona ajardinada. Compatibilidad de destinos públicos. Reversión de finca expropiada: improcedencia de la reversión. Aprovechamiento no lucrativo no patrimonializables por el expropiado .....	185

	<i>Página</i>
5. EXTRANJERÍA Y ASILO.....	188
5.1. Extranjería.....	188
5.1.1. Asistencia letrada a extranjeros. Resolución denegatoria del derecho a la asistencia jurídica gratuita: necesidad de que se notifique al interesado para que surta efectos.....	188
5.1.2. Denegación de entrada en el territorio nacional. Resolución denegatoria basada en el informe-propuesta emitido por el instructor del expediente. Consecuencias de la falta de traslado de dicho informe al interesado.....	188
5.1.3. Denegación de entrada en el territorio nacional. Ejecutividad de la orden de retorno.....	189
5.1.4. Expulsión del territorio nacional. Impugnación del Acuerdo de iniciación del expediente de expulsión .....	190
5.1.5. Expulsión del territorio nacional. Motivación de la decisión de la Administración.....	190
5.1.6. Permiso de residencia y trabajo. Valor de las instrucciones interpretativas aprobadas por la Administración.....	191
5.1.7. Permiso de residencia y trabajo. Tramitación del expediente. Subsanación de defectos.....	192
5.1.8. Posibilidad de conceder el permiso de residencia y trabajo en atención a hechos posteriores a la solicitud.....	192
5.1.9. Permiso de residencia y trabajo solicitados al amparo de un procedimiento específico de regularización. Imposibilidad de reconducir en sede jurisdiccional el expediente a otras vías de obtención del permiso .....	193
5.1.10. Vinculación de la solicitud de permiso de residencia a la previa denegación de la solicitud de permiso de trabajo.....	193
5.2. Asilo.....	193
5.2.1. Reexamen de la solicitud de asilo. Cómputo del plazo de 24 horas .....	193
5.2.2. Concepto y notas definidoras de los «grupos sociales» perseguidos.....	194
6. FUNCIÓN PÚBLICA .....	195
6.1. Adquisición de Grado Personal. Doctrinal legal: El funcionario de nuevo ingreso no adquiere automática-	

	mente el grado equivalente al nivel mínimo del intervalo atribuido al grupo de su cuerpo o escala .....	195
7.	PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA .....	197
7.1.	CGPJ. Expediente disciplinario. Infracción muy grave por retraso injustificado y reiterado. No se aprecia la caducidad. Procedimiento legalmente establecido. Incorrecta tipificación de los hechos. Estimación parcial del recurso contencioso-administrativo .....	197
7.2.	CGPJ. Las plazas a ofrecer a quienes promocionan a la categoría de Magistrado por superar las pruebas selectivas para los órdenes jurisdiccionales Civil y Penal han de ser las que estén vacantes y hayan quedado desiertas por falta de solicitantes. Aplicabilidad de los arts. 326 y 334 de la LOPJ. Estimación del recurso contencioso-administrativo y anulación del acuerdo y Real Decreto impugnados en cuanto a la adjudicación de plaza no ofrecida en concurso de traslado a quienes ya tenían la condición de Magistrado..	198
7.3.	Instrucción 2/2003, de 26 de febrero del Pleno del CGPJ sobre Código de Conducta para usuarios de equipos y sistemas informáticos al servicio de la Administración de Justicia. Jerarquía normativa. Independencia judicial. Desestimación del recurso contencioso-administrativo..	199
7.4.	CGPJ. Carrera Judicial. Ingreso por el llamado cuarto turno. Significado de la entrevista: posibilidad de realizar preguntas referidas a conceptos elementales de la formación necesaria para la función Jurisdiccional, o a materias directamente relacionadas con los méritos ....	200
7.5.	Instrucción 1/2003 sobre sustituciones, Magistrados suplentes y Jueces sustitutos. Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Magistrado. Instrucción que no constituye actividad administrativa impugnabile.....	202
8.	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL .....	202
8.1.	Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria en supuestos de suicidio. Relación de causalidad. Deber de vigilancia y control. Concurrencia de culpas...	202
8.2.	Responsabilidad Patrimonial. Prescripción de la acción. Teoría de la Actio Nata. Pendencia de proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad.....	205

8.3.	Responsabilidad Patrimonial. Deber de información que permita el ejercicio de la opción por la interrupción voluntaria del embarazo en supuestos de malformaciones congénitas .....	206
8.4.	Responsabilidad Patrimonial. Daños derivados de la deficiente asistencia medica prestada por una institución privada, libremente escogida como una de las modalidades de obtener la prestación del servicio público de asistencia sanitaria a que tienen derecho los funcionarios públicos .....	208
8.5.	Responsabilidad Patrimonial. Falta de identificación de los donantes de sangre transfundida, portadora de Hepatitis C, genotipo 3a, asociada a pacientes drogodependientes. Principio de facilidad de prueba. Utilización de sangre de personas pertenecientes a grupos de riesgo de transmisión del SIDA .....	209
9.	URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE .....	210
9.1.	Medio ambiente .....	210
9.1.1.	Discrepancia con Evaluación de Impacto Ambiental. No es acto de trámite. Consulta previa a la Comisión Europea.....	210
9.1.2.	Decisión sobre la innecesariedad de Evaluación de Impacto Ambiental. No es acto de trámite .....	211
9.1.3.	Proceso especial de protección de derechos fundamentales. Ruidos excesivos. Declaración como zona acústicamente saturada. Infracción de los derechos a la vida privada, a la integridad física o moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio .....	212
9.2.	Urbanismo.....	213
9.2.1.	Clasificación del suelo: Suelo urbano. Inserción en malla urbana. Jurisprudencia .....	213
9.2.2.	Reclasificación de suelo no urbanizable de interés paisajístico en suelo urbanizable no programado: actividad reglada. Control por la Comunidad Autónoma.....	214
9.2.3.	Interpretación y aplicación del ordenamiento urbanístico autonómico. Comunidad Valenciana: posibilidad de modificación del Plan General de Ordenación Urbana por Planes Parciales de Mejo-	

ra. Significado y alcance de las DEUT. Los Programas de Actuación Integrada son instrumentos de gestión y ejecución del planeamiento.....	216
9.2.4. Ordenamiento urbanístico de la Comunidad Valenciana: adjudicación de la condición de Agente Urbanizador a la proposición más ventajosa. Interpretación concordada de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística en la Comunidad Valenciana.....	217
9.2.5. Ordenamiento urbanístico de la Comunidad Valenciana: aplicabilidad de las prohibiciones para contratar que establece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a la adjudicación de la proposición más ventajosa al Agente Urbanizador.....	218
9.2.6. Ordenamiento urbanístico de la Comunidad Valenciana: reclasificación de suelo urbano como urbanizable, teniendo los requisitos propios del suelo urbano. Interpretación concordada de la Ley estatal 6/1998 y de la Ley valenciana 6/1994	219
9.2.7. Plan Parcial: No existe obligación para los propietarios de un determinado ámbito de hacer frente a los costes de urbanización de los sistemas generales. Voto particular.....	220
9.2.8. Comunidad Autónoma de Canarias. Decreto por el que se acuerda la formulación de las Directrices de la Ordenación del Turismo de Canarias: Es una disposición de carácter general. Nulidad por ausencia de procedimiento.....	222

## II. TRIBUTARIO

1. TRIBUTOS.....	223
1.1. Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Incidencia, sobre las liquidaciones giradas por el Ayuntamiento, de la previa anulación de la Ponencia de Valores.....	223
1.2. Canon de superficie de minas. Modificación de la cuantía del canon, por medio de las Leyes de Presupuestos.....	224



	<i>Página</i>
2. IMPUGNACIONES DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL ....	225
2.1. Decreto 29/2000 de 20 de enero por el que se aprueba el Reglamento sobre Contaminación Atmosférica de la Comunidad Autónoma de Galicia .....	225
2.2. Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa de alcantari-llado y depuración de vertidos de la mancomunidad de Aguas «Costa de Huelva».....	226
2.3. Ordenanzas Fiscales y de Precios Públicos para el municipio de Barcelona, de 1997 .....	229
3. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MATERIA TRIBU-TARIA .....	230
3.1. Objeto del recurso de casación en interés de la ley regulado en el art. 100 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .....	230
3.2. Utilización del cauce procedimental del «pleito testi-go», regulado en el art. 37.2 de la LJCA, para la exten-sión de efectos de la sentencia 854/2000, de 17 de julio, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribu-nal Superior de Justicia de Cataluña, dictada en materia de repercusión del IVA sobre el premio de cobranza retenido, como gestora, por una Sala de Bingo.....	231
3.3. Cuestiones procedimentales relativas a la extensión de efectos, a propósito de la solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de 2 de junio de 2003, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictada en materia de exención de IRPF.....	234
3.4. Improcedencia de la solicitud (efectuada previamente a la entrada en vigor de la LO 19/2003) de extensión de efectos de sentencia, ante la firmeza de la liquida-ción tributaria girada al solicitante, como consecuen-cia de la inadmisión, por extemporáneo, del recurso contencioso administrativo interpuesto .....	236

### III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. ÓRGANOS DEL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADM-INISTRATIVO Y SU COMPETENCIA. ENJUICIAMIENTO DE LOS ACTOS Y DISPOSICIONES EMANADOS DE LOS ÓRGANOS DE LOS TERRITORIOS HISTÓRICOS .....	237
---	-----

2. LAS PARTES ANTE EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. LEGITIMACIÓN DEL ACCIONISTA PARA IMPUGNAR DECISIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES SOBRE OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES.....	239
3. MEDIDAS CAUTELARES. RELEVANCIA DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO. POSIBILIDAD DE DESISTIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES YA ACORDADAS.....	241
4. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA INFORMACIÓN COMERCIAL CONFIDENCIAL EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO .....	244
5. SUBSANACIÓN DE TRÁMITES .....	246

## I. ADMINISTRATIVO

### 1. Acto y procedimiento administrativo

#### *1.1. Derecho adquirido por silencio positivo y resolución expresa tardía en sentido denegatorio: improcedencia. Necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad del acto dictado por la técnica del silencio*

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 27-04-2007, Rc 10133/2003, analiza la adquisición de derechos por silencio positivo de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, rechazando la posibilidad de resoluciones expresas tardías en sentido denegatorio cuando el silencio positivo ya se ha producido, y resaltando la necesidad de acudir al procedimiento de revisión de oficio previsto en la misma Ley si se entiende que el acto adquirido por silencio es contrario a Derecho. Comienza señalando la sentencia, acerca de esta cuestión, que en la legislación vigente sobre procedimiento administrativo, el silencio positivo da lugar a un verdadero acto administrativo estimatorio. Así se resalta en la Exposición de Motivos de la propia Ley 4/1999, donde se dice que «el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz que la Administración Pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos por

---

La elaboración de la Crónica de la Sala Tercera ha sido realizada por Dña. Yolanda BARDAJÍ PASCUAL, D. Ángel LÓPEZ MÁRMOL, D. José ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS, Dña. Berta GOSÁLVEZ RUIZ, Dña. Marta ITURRIOZ MUÑOZ, Dña. Pilar GARCÍA RUIZ, Dña. Eva María BRU PERAL, D. Juan Carlos GONZÁLEZ BARRAL y Dña. Miriam BRIS GARCÍA, Letrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la coordinación del Ilmo. Sr. D. Pedro ESCRIBANO TESTAUT, Magistrado del Gabinete Técnico, y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Ramón TRILLO TORRES, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

la Ley. Ciertamente es —continúa la sentencia su argumentación— que aun partiendo de esta caracterización del silencio positivo como auténtico acto administrativo, la misma Ley ha querido poner remedio a las consecuencias potencialmente lesivas para el principio de legalidad a que conduce esta caracterización jurídica del silencio, y por eso su art. 62.1.f) establece que los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho cuando se trate de “actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. Ahora bien, puntualiza la sentencia, este precepto que se acaba de transcribir “no puede ser interpretado y aplicado prescindiendo de lo dispuesto por el art. 43.4.a)” de la misma Ley, reformado por la Ley 4/1999, donde se establece que “en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”. Esta específica previsión legal, coherente con la naturaleza del silencio positivo como acto administrativo declarativo de derechos, implica que si la Administración considera que el acto administrativo así adquirido es nulo, por aplicación del propio art. 62.1.f) (esto es, por carecer el adquirente del derecho de los requisitos esenciales para su adquisición), no podrá dictar una resolución expresa tardía denegatoria del derecho, posibilidad vedada por el art. 43.4.a), sino que habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio contemplado en el art. 102.1, de la tan citada Ley 30/1992. La interpretación contraria, es decir, la consistente en que el acto adquirido por silencio positivo puede ser directamente desplazado por un acto expreso posterior en los casos del art. 62.1.f), es no solo contraria a la naturaleza del silencio positivo plasmada en la misma Ley, sino también a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima que la propia Ley también recoge, sin olvidar que siempre queda en manos de la Administración evitar los efectos distorsionadores de la adquisición de derechos cuando no se cumplen las condiciones para ello, mediante el simple expediente de resolver los procedimientos en plazo» (FJ 4.º).

### ***1.2. Caducidad del procedimiento sancionador: Momento en que se produce. Plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo***

La STS, Sec. 5.ª, 14-03-2007, Rc 7757/2003, estudia el problema consistente en si una vez transcurrido el plazo máximo para dictar y noti-

ficar la resolución en un expediente sancionador, la petición de declaración de caducidad de dicho expediente da lugar a un nuevo procedimiento administrativo o no; cuándo se entiende producida esa caducidad, y cuál es el plazo para acudir a la vía jurisdiccional en caso de desestimación presunta de esa petición de declaración de caducidad del expediente. Comienza la sentencia la sentencia su respuesta ordenada a tales cuestiones señalando que en tales casos «no estamos, pues, ante un nuevo procedimiento iniciado a instancia de parte para la obtención de la declaración de caducidad de un anterior procedimiento sancionador, sino, mas al contrario, en presencia de una solicitud de finalización y archivo de este mismo expediente sancionador, como consecuencia de haberse producido, en principio, su caducidad por el transcurso del plazo —en este caso de seis meses— establecido para su resolución y consiguiente notificación» (FJ 3.º). Por tanto, entiende la Sala, se trata de un supuesto contemplado en el art. 44 de la misma LRJPA, esto es, ante una falta de resolución expresa en un procedimiento iniciado de oficio por la Administración. Por ello, lo que hay que hacer es examinar los efectos que tal situación produce; esto es, los efectos que se producen como consecuencia del «vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa» en el mencionado expediente sancionador. Pues bien, dice la Sala, «tratándose el que nos ocupa de un procedimiento sancionador con un plazo expreso de resolución de seis meses (según el art. 98 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001), como consecuencia del “vencimiento del plazo máximo”, con arreglo al citado art. 44 de la LRJPA, se producirían dos efectos: a) En primer lugar, la no exención de la Administración «del cumplimiento de la obligación legal de resolver». Esto es, que la Administración, no obstante el transcurso del plazo de seis meses, sigue estando obligada a dictar una resolución expresa, aunque sea tardía; cosa distinta será el contenido de la misma. b) Y, en segundo lugar, que es lo que aquí interesa, en el apartado 2 del art. 44 se señala que tal «vencimiento del plazo máximo... producirá la caducidad», añadiendo el inciso final del párrafo primero del citado apartado 2 del artículo que «En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92». No obstante, en el art. 98 del Reglamento que se cita como infringido, ni siquiera se contempla la obligación de dictar resolución alguna declarativa de la caducidad, ya que en el precepto se señala que «transcurrido dicho plazo sin haberse resuelto y notificado la expresada resolución, se producirá la caducidad del procedimiento y se procederá al archivo de las actuaciones, a solici-

tud de cualquier interesado o de oficio por el propio órgano competente para dictar la resolución...» (FJ 3.º). Así las cosas, y partiendo de la base, ya apuntada, de que no estamos en presencia de un nuevo procedimiento iniciado con la finalidad de obtener la caducidad del inicial procedimiento sancionador, pasa la Sala a tratar de concretar desde cuando resulta posible residenciar tal situación en vía jurisdiccional; esto es, acaecido el «vencimiento del plazo máximo» para resolver y notificar, al que el legislador ha anudado de forma inmediata y automática la caducidad del citado procedimiento sancionador, queda por determinar desde qué momento el administrado, ante el silencio de la Administración, puede dirigirse a la presente Jurisdicción con la finalidad de obtener —en su caso— una declaración expresa de la caducidad del procedimiento sancionador, en principio solo obtenida en forma presunta en la vía administrativa. O, dicho de otra forma, sí la Administración, producido el «vencimiento del plazo máximo» para resolver y notificar el procedimiento sancionador, sin haberlo efectuado, de forma expresa, cuenta con plazo alguno para dictar «la resolución que declare la caducidad», y por la que se «ordenará el archivo de las actuaciones», a que se refiere el inciso final del párrafo primero del citado apartado 2 del art. 44 de la LRJPA, pero que —sin embargo— ni siquiera exige el precepto reglamentario concernido (98 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001). Pues bien, sobre esta concreta cuestión se pronuncia la Sala en los siguientes términos: «Tal plazo no se encuentra previsto, de forma expresa, tras la reforma de la LRJPA por parte de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Modificación de la LRJPA. Antes de la citada reforma, el anterior art. 44 contemplaba como forma de acreditación del acto presunto la certificación del mismo, emitida por la propia Administración que no había resuelto de forma expresa, y para cuya emisión la Administración contaba con un plazo inexcusable de veinte días. Por ello, en el apartado 5 del citado precepto se señalaba que “los plazos para interponer recurso administrativos y contencioso-administrativos respecto de los actos presuntos se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la certificación, y si esta no fuere emitida en plazo, al partir del día siguiente al de finalización de dicho plazo”. En consecuencia, antes de la reforma de 1999, y, considerando este precepto de aplicación al supuesto entonces contemplado en el 43.4 (procedimientos iniciados de oficio), la Administración contaba con un plazo de veinte días, bien para emitir la certificación del acto presunto, bien para dictar la resolución ratificadora de la caducidad producida, ordenando el archivo de las actuaciones. Solo transcurrido dicho plazo (44.5 in fine) podría hábil-

mente accederse a la vía jurisdiccional. Sin embargo, tras la reforma de 1999, el actual 43.5 de la LRJPA —que pudiéramos entender supletoriamente aplicable al supuesto del 44, ante el silencio de este— contempla una solución distinta, transformando en potestativa la solicitud de certificación del acto presunto; en concreto, se señala ahora que los mencionados actos presuntos “producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver”. En consecuencia, tras la reforma de 1999, el administrado puede solicitar la certificación del acto presunto (en cuyo caso no podrá acceder a la vía jurisdiccional hasta que transcurra el plazo de quince días establecido en el actual 43.5 in fine de la LRJCA para la emisión de la certificación, o, hasta que la misma le fuese emitida, de ser anterior al vencimiento del plazo señalado). Pero ello es hoy una mera posibilidad, que —en principio— no impediría acceder a la vía jurisdiccional desde el vencimiento del plazo determinante de la caducidad, que es, a su vez, el mismo momento en el que se producen dichos efectos preclusivos, siendo tal declaración expresa de caducidad una mera constatación de los efectos —ya inamovibles en vía administrativa— producidos por ministerio de la ley desde el vencimiento del plazo para la resolución, y consiguiente notificación, del expediente sancionador. Ello justificaría que tal resolución expresa cuente con una configuración especial, formalmente menos exigente, en el art. 42.1, párrafo segundo de la LRJPA, ya que la misma “consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso (en este la caducidad del procedimiento), con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables”». (FJ 4.º). Matiza la sentencia que el supuesto analizado no es asimilable a los de inactividad contemplados en el art. 29 de la LRJCA, ya que no se trata de la obligación de realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, ni tampoco ante la no ejecución de un acto firme de carácter presunto. Mas al contrario, hay cierto cierto paralelismo como una situación de vía de hecho, de las contempladas en el art. 30 de la misma LRJCA, y en las que resulta posible «deducir directamente recurso contencioso-administrativo», sin necesidad de requerimiento previo, aunque tal vía de hecho parece reservarse para otras actuaciones de índole material. Situada en esta perspectiva de análisis, y constatado el vacío normativo, señala la sentencia que «resulta coherente con el sistema de revisión jurisdiccional de toda

actuación administrativa el establecimiento de un plazo para que la Administración instructora del procedimiento sancionador pueda, de oficio o instancia de interesado, dictar la resolución prevista en el art. 42.1.2.º párrafo de la LRJPA —constatando, o no, la caducidad del procedimiento sancionador—, una vez transcurrido el plazo previsto para su conclusión (y consiguiente notificación), con el correspondiente archivo del expediente. La exigencia de tal plazo vendría, además, avalada por el propio procedimiento previsto para la actuación administrativa por cuanto a tal sistema de actuación no le puede ser exigible una resolución, certificación o simple archivo de actuaciones en la misma fecha en que se produce el inexorable cumplimiento del plazo de caducidad» (FJ 4.º). Así centrada definitivamente la cuestión, la Sala resuelve el problema en los siguientes términos: «En tal sentido, es la propia seguridad jurídica la que nos obliga a la determinación de un plazo durante el que la revisión jurisdiccional aún no resultaría posible, y el mismo hemos de encontrarlo en el de quince días previsto en el art. 43.5 in fine de la LRJPA para que la Administración emita la certificación del acto presunto que (potestativamente, tras su reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero) le puede ser exigido por los administrados. En consecuencia, solo transcurrido dicho plazo de quince días —que fijamos con carácter supletorio— podría el interesado acceder temporalmente en forma adecuada a esta Jurisdicción» (FJ 4.º).

## 2. Contratación administrativa

### *2.1. Efectos estimatorios del silencio previstos en el art. 43 de la Ley 30/1992. Examen de su aplicación a las reclamaciones de intereses formuladas por la empresa contratista durante la ejecución del contrato*

La STS, Pleno, 28-02-2007, Rc 302/2004, se refiere a la aplicación de la Ley 30/1992 al procedimiento de contratación administrativa, y, en particular a la posibilidad de extender los efectos estimatorios del silencio previstos en el art. 43 de aquella a las reclamaciones de intereses formuladas por la empresa contratista durante la ejecución del contrato. El punto de partida de la sentencia radica en que, a diferencia de lo que sucedía en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en la Ley 30/1992, incluso tras su modificación por la Ley 4/1999, los efectos del silencio no se predicán de peticiones autónomas, sino de aquellas peti-



ciones o solicitudes que se insertan o dan lugar a un procedimiento administrativo con sustantividad propia. Por eso, en cuanto a la reclamación de intereses, habrá de determinarse el sentido del silencio en el procedimiento en el que se inserta tal solicitud. La sentencia llega a la conclusión de que dicho procedimiento es una incidencia específica relativa a la ejecución del contrato de obras, y la ejecución del contrato y todas sus incidencias deben reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación del contrato, porque en este expediente se recogen el conjunto de derechos y obligaciones de las partes. Dado que tal procedimiento es iniciado de oficio, la consecuencia del silencio para el administrado es la de entender desestimada su solicitud.

## ***2.2. Prohibiciones de contratar. Interpretación de la expresión «resolución firme» del art. 20.c) de la Ley 13/1995. Prescripción de la acción administrativa para declararla prohibición***

La STS, Sec. 4.<sup>a</sup>, 13-12-2006, Rc 9272/2003, interpreta el concepto de «resolución firme» a la que se refiere el art. 20.c) de la Ley contractual en relación a las prohibiciones de contratar y que declara que tal prohibición procederá cuando el contratista haya dado lugar, por causa de la hubiera sido declarado culpable, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado por la Administración. El Tribunal Supremo subsume o identifica el concepto de firmeza de dicho precepto con el de ejecutividad de los actos administrativos. Así, la firmeza a que se refiere es la firmeza en vía administrativa, de modo que el acto de resolución que da lugar a la posterior prohibición de contratar produce los efectos que le son propios una vez que se cumplen los requisitos previstos en cuanto a su notificación y publicación, y efectos que solo podrán cesar ante la interposición del pertinentes recurso en vía jurisdiccional y adopción, en su caso, de la medida cautelar de suspensión.

También en relación con las prohibiciones de contratar, la STS, Sec. 4.<sup>a</sup>, 7-11-2006, RCA 169/2005, se pronuncia sobre la prescripción de la acción administrativa para declarar tal prohibición. Se trata de un problema que deriva de la inexistencia de previsión normativa alguna en relación al plazo para el ejercicio de tal acción. La solución a esta laguna dependería de si estamos ante una resolución de naturaleza sancionadora o no. Sin embargo, la sentencia no considera necesario pronunciarse sobre este extremo y entiende que debe aplicarse por analogía y con

base en el principio de seguridad jurídica, la regla prevista en el art. 132 de la Ley 30/1992, que establece el plazo de prescripción de tres años para la infracciones muy graves.

### ***2.3. Efectos de una oferta presentada fuera de plazo.***

La STS, Sec. 4.<sup>a</sup>, 21-02-2007, Rc 8038/2003, se pronuncia sobre los eventuales efectos de una oferta presentada fuera de plazo. La Administración admitió tal y oferta, y adjudicó el contrato al licitador que la había presentado. Otro licitador, que sí presentó su oferta en plazo, impugna tales actos y obtiene del Tribunal Sentenciador la anulación parcial de los mismos, y la reposición de las actuaciones al momento en el que fue admitida fuera de plazo la oferta junto con la documentación aportada. El Tribunal Supremo confirma este criterio señalando en que la presentación de la oferta fuera de plazo no es una «actuación fuera de plazo» sino la infracción de un plazo. No hay lugar, por tanto a aplicar el art. 63 de la Ley 30/92, en cuanto a los motivos de anulabilidad, porque la presentación de la oferta dentro de plazo establecido en la convocatoria es presupuesto y requisito sine qua non para que tal concursante tenga derecho a participar en el concurso, y si no lo hace, no puede intentar aplicar la doctrina de las actuaciones fuera de plazo, que se concretan a un procedimiento ya iniciado, pero no a los supuestos en que el derecho del concursante se inicia o surge a partir de que haya presentado su oferta en el plazo establecido.

## **3. Derecho administrativo económico**

### ***3.1. Intervención de las actividades financieras de las entidades de crédito***

*3.1.1. Sanciones. Responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración. Dotación de provisiones. Caducidad del procedimiento. Sustitución provisional del Consejo de Administración*

En SSTS, Secc. 3, 18-10-2006, RRCC 198/2004, 199/2004, 200/2004 y 202/2004, la Sala ha precisado la responsabilidad de los miembros del

Consejo de Administración, declarando que es necesario que concurra una conducta dolosa o negligente, una conducta culpable que sea imputable a la acción u omisión deliberada e indiligente del titular del cargo, no siendo suficiente la mera responsabilidad objetiva. A estos efectos, y recogiendo sentencias anteriores, el Tribunal concreta que «la singular cualificación de las personas físicas que administran o dirigen las entidades de que se trata lleva a presumir que su preparación les permite detectar las consecuencias probables de las prácticas que tales entidades desarrollen, haciéndolas responsables, tanto si aceptan la producción de tales consecuencias como si no adoptan las previsiones necesarias para evitarlas, en el caso de que tales prácticas sean objetivamente idóneas para producirlas» (FJ 5.º). En materia de dotación de provisiones les es exigible una especial diligencia, esto es, una conducta activa de control y supervisión, para evitar que la recuperación de sus depósitos por los impositores pueda verse afectada o impedida; por ello, advertida la infradotación de provisiones, en reiteración de conductas anteriores, la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración es indiscutible; en este supuesto el arrepentimiento espontáneo puede tener efectos atenuatorios pero no modifica la conducta infractora.

La STS, Secc. 3, 18-10-2006, RC 331/2004, se pronuncia sobre la caducidad del procedimiento en los siguientes términos: «Cuando la regulación de un determinado procedimiento sancionador contempla en sí misma trámites sucesivos, la suma de cuyos plazos parciales (ordinarios) acumulados es ya próxima a seis meses, resulta inevitable que la ampliación parcial (extraordinaria) de alguno o algunos de aquellos trámites individuales, determine, a su vez, la superación del período total de seis meses. Si cada uno de aquellos trámites singulares puede ampliarse hasta la mitad del tiempo ordinariamente previsto, la suma de estas ampliaciones parciales podrá implicar, en los casos citados, la correlativa extensión del tiempo máximo de seis meses». (FJ 3.º)

También ha admitido la Sala, STS, Secc. 3, 14-03-2006, RC 624/2002, la posibilidad de sustitución provisional del Consejo de Administración, incluso sin audiencia previa de la entidad de crédito, para garantizar la efectividad de la medida si así se considera necesario, en el supuesto de que aquélla «se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia», diferenciando esta actuación de una medida sancionadora. De lo anterior concluye la Sala que «no es preciso que ya se esté en situación de insolvencia, iliquidez, inestabilidad o ineficiencia de

sus recursos propios, sino que basta que haya un peligro evidente de que se produzcan, no necesariamente todas estas situaciones, sino cualquiera de ellas, como claramente se desprende de la conjunción disyuntiva que usa la norma, por lo que resulta indiferente que algunas pérdidas, como señala uno de los recurrentes, sean reversibles, si basta la mera inestabilidad de la entidad, para que la medida pueda ser acordada». Siempre que esta decisión no incurra en arbitrariedad, la discrecionalidad técnica de la Administración permitirá la adopción de esta medida en lugar de la de intervención de la entidad. Además, el carácter provisional de la misma autoriza que «el régimen ordinario de administración sea sustituido por medidas extraordinarias, en el que las reglas generales de aplicación a la administración de las sociedades anónimas no tengan virtualidad propia» (FJ 3.º).

### **3.2. Derecho de la competencia**

#### *3.2.1. Prácticas restrictivas. Estaciones de servicio. Distribución de productos petrolíferos. Contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión*

La Sala, en **STS, Secc. 3.ª, 18-04-2007, RC 1890/2002** ordena la continuación del expediente seguido ante el Tribunal de Defensa de la Competencia como consecuencia de la denuncia que imputaba a determinadas empresas petrolíferas la comisión de prácticas restrictivas de la competencia en el sector de las estaciones de servicio, consistentes en la firma de contratos de suministro en exclusiva en régimen de comisión, contratos a los que la denunciante califica de simulados porque a su juicio se trata realmente de contratos de reventa, ya que el supuesto comisionista no puede fijar con libertad el precio final de venta a los usuarios. La Sala tiene en consideración que el titular de la estación de servicio asume determinados riesgos relevantes dentro del complejo de relaciones mercantiles entre ambas partes, entre los que destaca en primer lugar que soporta el riesgo comercial de la operación porque el suministrador factura al titular de la estación de servicio todos los litros de combustible entregados a ésta, que podrán no coincidir con las ventas a los consumidores finales realizadas a posteriori, y el pago se hará incondicionalmente en el plazo de nueve días contados desde la entrega, y, en segundo lugar, que asume en exclusiva los riesgos del producto

desde que le es suministrado, incluso si lo conserva en condiciones adecuadas. La asunción de estos dos riesgos significativos, unida al hecho de que se impone al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador, son factores que, a la luz de las consideraciones del Tribunal de Justicia en su sentencia C-217/05, bastan para concluir que tales contratos de distribución no pueden beneficiarse de la exención prevista en el Reglamento Comunitario 1984/83 respecto de las prácticas anticompetitivas establecidas en el art. 85 del Tratado CEE.

### *3.2.2. Pactos colusorios. Unificación de condiciones de acceso relativas a las tarjetas de pago y de conductas respecto de los establecimientos comerciales que incurran en prácticas irregulares*

En esta materia la **STS, Secc. 3, 27-02-2007, RC 2071/2005** se remite a las dictadas con fecha **14-02-2007** anterior en los **RRCC 974/2004** y **2241/2004** en los siguientes términos: «A) Afirmamos que en el sistema de pago a través de las tarjetas de crédito o débito las distintas entidades que intervienen pueden seguir criterios comerciales “diferentes de otras del mismo sector, dando mayores posibilidades de recuperación de los créditos impagados, o criterios más flexibles en el tratamiento de los establecimientos incursos en conductas morosas o menos rigurosos a la hora de controlar a los consumidores que usan el sistema de tarjetas de crédito. El establecimiento de comportamientos rígidos que impiden la conformación por los firmantes de un sistema diferente o más flexible, que pueda a su vez determinar la libertad de elección de las entidades de créditos, incluso, como dice el TDC, eliminando la necesidad de potenciar o de mejorar sus propios medios técnicos de seguridad y prevención del fraude, al tener la seguridad de que tampoco lo harán sus competidores, constituye sin duda un pacto colusorio incardinado en el art. 1.º de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que se trata de coordinar sus políticas comerciales, con desaparición en este punto de la competencia, inclusión que se extiende a las sociedades de medios de pago no solo por formar parte de ellas las entidades financieras, sino sobre todo por ser ellas las impulsoras de estos acuerdos.” B) Descartamos en la conducta sancionada pudiera excusarse sobre la base de las Comunicaciones de la Comisión Europea relativas a la lucha contra el fraude “pues en ninguna de ellas se refiere al concierto entre empresas”» (FJ 4.º)

### 3.2.3. *Transporte aéreo. Acuerdos interlíneas. Concertación de tarifas*

En la STS, **Secc. 3, 20-01-2007, RC 6991/2003**, la Sala concluye que los acuerdos interlíneas constituyen acuerdos de cooperación técnica lícitos que no pueden caracterizarse como instrumentos o medios necesarios para la concertación de tarifas. Resuelve que «en cuanto que por su contenido se limiten a regular la venta, endoso y aceptación de pasajes entre Compañías aéreas, así como a establecer a dichos efectos los sistemas de compensación, de reembolso o de prorrateo, y los mecanismos de contabilidad precisos a tal fin, y no supongan un instrumento de coordinación de las tarifas aéreas, ni incidan directa ni indirectamente en el incremento de los precios ni alteren las condiciones de calidad en que se presta el transporte, promueven la apertura de este mercado y contribuyen a mejorar la competitividad en el sector del transporte aéreo, al favorecer el desarrollo empresarial de las actividades de las Compañías pequeñas en un mercado oligopólico, al permitirles acceder a rutas y frecuencias de otras compañías, y producen un efecto beneficioso para los usuarios, al promover la movilidad de las personas, porque facilitan a un pasajero disponer de un pasaje único que le permite ser transportado a diferentes lugares, de modo que no pueden caracterizarse en abstracto como acuerdos restrictivos de la competencia en el transporte aéreo». Y añade que «Podría considerarse que la suscripción de los acuerdos interlíneas, que esta Sala considera lícitos desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia, como hemos referido, y la concertación tarifaria entre las Compañías aéreas, pudiera obedecer al designio de un plan conjunto de actuación, por estar dirigidos a lograr un único e idéntico objetivo de restringir o limitar la competencia, mediante la concatenación de actos sucesivos que derivasen en la consideración de una única infracción continuada, pero, partiendo de los hechos probados por la Sala de instancia, no cabe estimar la comisión de la infracción del art. 1.1 a) de la Ley de Defensa de la Competencia, al no apreciarse que concurra la exigible conexión causal entre ambas conductas para derivar su falta de autonomía en relación con la infracción imputada analizada en este fundamento jurídico» (FJ 6.º)

### 3.3. *Seguridad industrial*

#### 3.3.1. *Sanciones. Extensión de las obligaciones de seguridad industrial*

En STS, **Secc. 3, 30-01-2007, RCIL 20/2005**, resolutoria de un recurso de casación en interés de la Ley en materia sanciones por incumplimiento de la normativa de seguridad relativa a aparatos elevadores, la Sala

declara que la sentencia recurrida incurre en una interpretación errónea del tipo de infracción grave establecido en el art. 31.2.e) de la Ley 21/1992, de Industria porque rechaza que dentro de la infracción grave que el precepto tipifica como «la expedición de certificados o informes cuyo contenido no se ajuste a la realidad de los hechos» puedan incluirse las declaraciones de conformidad de las instalaciones con la normativa de seguridad aplicable emitidas por los instaladores, y fija como doctrina legal la siguiente: «cabe integrar en el tipo de infracción grave establecido en el art. 31.2 e) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, que dispone “la expedición de certificados o informes cuyo contenido no se ajuste a la realidad de los hechos”, las declaraciones del titular de las instalaciones, y en su caso, del fabricante, su representante, distribuidor o importador del producto, o del instalador o conservador autorizados o técnico facultativo competente, comprendidas en el art. 13.1 a) y b) de la citada Ley de Industria».

### ***3.4. Comisión Nacional del Mercado de Valores***

#### ***3.4.1. Información privilegiada. Realización de operaciones sobre valores negociables por cuenta propia o ajena***

La STS, **Secc. 3, 11-10-2006, RC 10103/2003**, reiterando otra anterior de la Sala, declara que «el que tenga información privilegiada comete la infracción cuando prepare o realice en el mercado una operación sobre los valores a que dicha información privilegiada se refiera. Es intrascendente para su perfección la incidencia que la concreta operación tenga en el mercado». Pero sí es decisivo que se trate de una información que tenga trascendencia para el mercado, de manera que «No lo es cualquier información irrelevante, sino que ha de ser de tal alcance que de llegarse a conocer por el público, produzca en el mercado un impacto de cierta importancia. “Apreciable”, dice el precepto, con lo que, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, será el juzgador, caso por caso, el que haya de decidir si ese impacto se ha producido y en qué medida». (FJ 5.º)

### ***3.5. Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones***

#### ***3.5.1. Traslado de la sede de la Comisión. Insuficiencia de la memoria justificativa e insuficiencia de la memoria económica***

Las SSTS, **Pleno, 27-11-2006, RRDD 51/2005 y 53/2005** anulan la Disposición Adicional única y la Disposición Final primera del Real

Decreto 2397/2004, en virtud de las cuales se había acordado el cambio de sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de Madrid a Barcelona. La Sala aprecia que el expediente no incorpora los documentos que exige la Ley del Gobierno, y que el cumplimiento de los requisitos ha sido meramente formal, de tal manera que no cumple la finalidad pretendida por el legislador. Así, con relación a la memoria justificativa (o a lo que la sentencia denomina «el informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto reglamentario») la Sala en Pleno declara que «La única justificación del cambio de sede del organismo de que ahora se trata consiste en que “se enmarca dentro de la lógica y los principios inherentes a la naturaleza del Estado de las Autonomías”. No se expresa en cambio ningún razonamiento que determine la necesidad y oportunidad de la decisión. Adviértase que ello sucede respecto a la ciudad que ha de ser la nueva sede del organismo, pues ninguna justificación se dedica a que sea precisamente Barcelona. Sin duda el traslado de la sede a otra ciudad también hubiera sido conforme a la lógica y los principios del Estado de las Autonomías, partiendo del punto de vista de que deben descentralizarse los organismos que forman parte de la Administración General del Estado. Igualmente es claro que no se justifica tampoco que la medida hubiera de adoptarse precisamente en ese momento, y no en otro distinto anterior o posterior. Por último también resulta patente que de acuerdo con la lógica y los principios inherentes a la naturaleza del Estado de las Autonomías se hubiera podido trasladar a Barcelona o a cualquier otra gran ciudad española un organismo público diferente y no la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones». Y, por lo que a la memoria económica se refiere, declara que «aunque se acompaña un documento que lleva este título, en realidad en dicho documento lo que se pretende es justificar que no se elabora ninguna memoria económica. Pues en el documento citado se afirma que respecto del traslado de la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones “en este momento no es posible cuantificar el incremento de gasto público que puede generar”. Ello pretende adverbarse aludiendo a la necesaria y compleja negociación con el personal de la Comisión respecto a eventuales compensaciones económicas, y a la indeterminación de cual había de ser el inmueble ocupado por la Comisión en la ciudad de Barcelona. Pero entiende la Sala que éstas no son razones suficientes, pues en cualquier caso podía haberse hecho una estimación, si no una determinación de los costes, teniendo presente al menos el número y las condiciones profesionales del personal de la Comisión y los precios medios del mercado inmobiliario en la ciudad de Barcelona» (FJ 5.º).



### 3.6. *Industria y energía*

#### 3.6.1. *Estaciones de Inspección Técnica de Vehículos. Requisitos técnicos. Nulidad de los arts. 4 y 5 y de los apartados 1, 2 y 3 de la Disposición Transitoria 2.a del Real Decreto 833/2003*

Las **SSTS, Secc. 3, 03-10-2006, RRDD 133/2003 y 105/2003**, resueltas tras la publicación de la STC 332/2005, anulan determinados preceptos del Real Decreto por el que se establecen los requisitos que deben cumplir las estaciones de inspección técnica de vehículos (ITV) a fin de ser autorizadas para realizar dicha actividad. Declaran que la norma ha producido una invasión de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas en materia de industria y seguridad industrial que vulnera el orden constitucional de distribución de competencias. La Sala señala que «Desde esta perspectiva, no ofrece duda la nulidad del art. 4.1 ya que impone a las Comunidades Autónomas la autorización por el simple cumplimiento de las obligaciones y los requisitos técnicos establecidos en el Real Decreto, negando la posibilidad de rechazarla por razón de otras circunstancias establecidas por la propia Comunidad, que considere relevantes tales, según la propia sentencia del TC, como “la distribución territorial de las instalaciones de ITV o la forma y condiciones de prestación del servicio, que no estén directamente relacionados con la seguridad vial”. Por esta misma razón, es procedente la nulidad del art. 5 en cuanto declara el carácter reglado de la autorización, tanto para su otorgamiento como para su vigencia, haciéndola depender exclusivamente de la demostración del cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos al efecto, así como la justificación anual del cumplimiento de los mismos, aunque sea a través de una entidad de acreditación, o por otros mecanismos».

Y, en cuanto a la Disposición Transitoria, que «Habiendo declarado el Tribunal Constitucional que el art. 7.2 del Real Decreto-ley vulnera las competencias autonómicas en materia de industria al imponer la autorización administrativa como título habilitante para que los particulares puedan participar en la prestación del servicio de ITV, es claro que una disposición transitoria que no tiende sino a regular el otorgamiento de dichas autorizaciones de modo progresivo en el tiempo carece ya del respaldo normativo que le proporcionaba aquel artículo. Cualquiera que sea el designio de los tres apartados de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 833/2003 (esto es, incluso admitiendo que pretendiera aminorar los efectos que para los anteriores titulares pudiera tener la implantación no gradual del nuevo régimen autorizador), en ellos se trata de desarrollar el

paso de un sistema preexistente a otro —el de las autorizaciones regladas como único mecanismo habilitador— que la sentencia constitucional 335/2005 ha considerado no conforme con el ordenamiento jurídico. En esa misma medida la norma que trataba de poner en marcha el nuevo sistema, de modo transitorio y gradual, resulta privada de validez» (FJ 3.º).

### 3.6.2. *Seguridad industrial. Instalaciones eléctricas de baja tensión. Orden autonómica que atempera los requisitos establecidos reglamentariamente. Nulidad parcial*

La STS, **Secc. 3, 24-01-2007, RC 248/2003**, aprecia que la disposición impugnada (Orden del Consejero de Industria, Comercio y Turismo de la Comunidad autónoma vasca de 5 de julio de 2001, de modificación de la Orden de 20 de octubre de 1989, por la que se fijan las condiciones que deben cumplirse para la puesta en servicio, ampliación, cambio de titularidad y reconocimientos periódicos de las instalaciones eléctricas de baja tensión) no sólo no complementa sino que disminuye las exigencias impuestas por las normas de seguridad estatales en materia de instalaciones eléctricas, por lo que declara en su «fallo» la nulidad del art. 1 «en cuanto se refiere a la inexigencia de proyecto suscrito por técnico competente para las instalaciones eléctricas de baja tensión de determinados locales de pública concurrencia (número 3 del Anexo I), de los locales con riesgo de incendio o explosión (número 6 del anexo I) y de las viviendas unifamiliares (número 26 del Anexo I), quedando anuladas en estos mismos términos las menciones correspondientes del referido Anexo I», y también la nulidad del art. 3, en cuanto permite que en determinados supuestos la ampliación de las instalaciones existentes se haga sin proyecto, lo que no autoriza la norma estatal.

## 4. Expropiación forzosa

### 4.1. *Vía de hecho del art. 30 LRJCA: naturaleza, requisitos, finalidad. Inexistencia. Actuación administrativa en el marco del procedimiento expropiatorio. Anulación por sentencia firme del acuerdo que legitimaba la ocupación de la finca: cesación de la misma y reparación de los eventuales daños a plantear en el incidente de ejecución*

La Sentencia de este Tribunal Supremo de 26 de junio de 2001, con cita expresa de la Sentencia de 22 de septiembre de 1990, ilustra acerca

de la una actuación administrativa que se lleva a cabo por el expeditivo procedimiento de la vía de hecho, esto es, con ausencia de procedimiento o, en su caso, sin ajustarse al legalmente establecido. Y dice al respecto: «El procedimiento administrativo no es un mero ritual tendente a cubrir a un poder desnudo con una vestidura pudorosa que evite el rechazo social. Que no se trata de cubrir impudicias sino de que no las haya. Porque lo que exige el pudor en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos es que el comportamiento de aquél inspire confianza a los administrados (...). Y el primer factor capaz de generar esa confianza es la adecuación a un procedimiento que garantice que el obrar administrativo, por más reflexivo, tenga más posibilidades de adecuarse al ordenamiento administrativo. El art. 1.º de la Ley de Procedimiento Administrativo [la sentencia se está refiriendo a la de 17 de julio de 1958, que era la vigente] de general y directa aplicación a todas las Administraciones públicas por mandato constitucional (art. 149.1.18.º), establece imperativamente la sujeción a formalidades procesales de la actuación administrativa, lo que aquí no se ha cumplido de ningún modo. Ha habido vía de hecho porque se ha actuado sin procedimiento. (...) Hoy día es indudable que el ordenamiento español rechaza con carácter general —art. 103 citado de la Ley de procedimiento y 149.1.18.ª) de la Constitución, las actuaciones administrativas por vía de hecho, los cuales constituyen una forma de violencia sobre el ciudadano y sobre sus bienes incompatible con lo que el poder público es y tiene que ser en un Estado de derecho: servidor de los ciudadanos y escudo de sus libertades».

Perfilada de esta manera la figura jurídica de la vía de hecho, la **STS, Sec. 6.ª, 07-02-2007 (RC 9727/2003)** conoce en casación de la impugnación jurisdiccional de la presunta vía de hecho en la que, según la actora, había incurrido el Ayuntamiento demandado y consistente en la ocupación temporal de la finca propiedad de aquella con ocasión de la ejecución de las obras de rehabilitación del mercado municipal. Sintéticamente, los hechos son los siguientes: El Ayuntamiento, ante la necesidad de desalojar el mercado durante la ejecución de las obras de rehabilitación y a fin de asegurar el servicio público a sus usuarios, acuerda, en fecha 28 de septiembre de 1988, destinar el solar que ocupaba dicha finca para la instalación provisional de mercado. Dicho acuerdo fue declarado ajustado a derecho en Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1997, recaída en recurso de apelación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 24

de diciembre de 1991. Sucesivos acuerdos de 27 de febrero de 1992 y 30 de enero de 1997, prorrogaron la ocupación temporal de la finca de referencia a la anualidades 1991 y 1992 y hasta finales de 1997, y un nuevo acuerdo de 23 de diciembre de 1997, decide extender la prórroga en la ocupación temporal hasta finales de 1998, acuerdo este último que es anulado por el Tribunal de instancia por sentencia de 5 de octubre de 2000, dándose la circunstancia de que dicho pronunciamiento judicial tiene lugar un día después de la interposición del recurso contencioso-administrativo de que trae causa el recurso de casación resuelto por la sentencia de referencia.

Al resolver el recurso de casación, el Tribunal Supremo subraya la singular vía ejercitada por la actora, que no es otra que la contemplada en el art. 30 de la Ley Jurisdiccional, respecto de la cual se nos dice que «prevé un procedimiento al objeto de que se puedan combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos o intereses legítimos de cualquier clase, convirtiéndose, por tanto, el procedimiento de la vía de hecho en un medio de obtener la cesación de una actuación administrativa material ajena a un auténtico acto administrativo y sin la fuerza legitimadora de dicho acto», para añadir a continuación que la finalidad de esta figura «responde a la intención del legislador de no dejar sin cobertura jurídica y tutela judicial a las actuaciones materiales de la Administración que, sin procedimiento administrativo y la cobertura de un acto de este carácter, perturbe el ejercicio de sus derechos por los particulares, al objeto de obtener la cesación de esa ilegítima actividad material por parte de la Administración» (FJ 2.º).

Partiendo de estas premisas, se considera que en el litigio no concurren los presupuestos conceptuales de la vía de hecho; por el contrario, los hechos acontecidos permiten acreditar que la Entidad Local recurrida «ha actuado en todo momento dentro de un procedimiento legalmente establecido, como es el procedimiento expropiatorio, que canaliza legalmente la potestad más enérgica de la Administración como es la expropiatoria». Por tanto, se constata que la actuación de la Administración no carecía de cobertura legal y, en este sentido, «el hecho de que se anulara el mencionado acuerdo tan sólo indica que era contrario al orden jurídico, mas no conlleva a la conclusión de que la Administración hubiera utilizado un potestad de la que legalmente carecía o de que se adoptase una resolución fuera del procedimiento legalmente establecido» (FJ 2.º).

La conclusión, pues, es clara: no ha existido vía de hecho, sino actuación administrativa con arreglo al procedimiento expropiatorio legalmente establecido, sin que la anulación del acto de prórroga de la ocupación material permita desconocer la inicial presumible validez del mismo y, menos aún, equipararla a la inexistencia absoluta de título legitimador de dicha actuación. Eso sí, una vez declarada firme la sentencia anulatoria de dicho acto administrativo, la mantenida ocupación de la finca deviene carente de cobertura legal, pero ha de ser en el incidente de ejecución de esta sentencia «donde el recurrente puede solicitar la cesación, en su caso, de la ocupación e indemnización de daños y perjuicios» (FJ 2.º).

***4.2. Expropiación forzosa: instalación de infraestructuras básicas de abastecimiento de aguas a cargo del Canal de Isabel II. Desaparición de la causa expropiandi: afectación parcial de la finca expropiada a la creación de zona ajardinada. Compatibilidad de destinos públicos. Reversión de finca expropiada: improcedencia de la reversión. Aprovechamiento no lucrativo no patrimonializables por el expropiado***

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (Sentencias de 30 de septiembre de 1991, 19 de septiembre de 1998, 4 de noviembre de 2005 y 7 de noviembre de 2006, entre otras) referida al derecho de reversión —regulado en los arts. 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, así como los arts. 63 y siguientes de su Reglamento de 26 de abril de 1957—, la que lo ha caracterizado de manera prácticamente concorde como un derecho autónomo, que no pertenece por su naturaleza al procedimiento expropiatorio y que no está incluido dentro de las garantías constitucionales de la expropiación, que establece el art. 33.3 de la Constitución, como tuvo ocasión de señalar el Tribunal Constitucional en sentencia número 67/88, de 18 de abril, cuya consecuencia es la no inclusión del derecho de reversión dentro de las garantías constitucionales de la expropiación. En este orden de cosas, dicho derecho se considera como un efecto especial producido por el juego de la causa de la expropiación pudiendo ser caracterizado como la consecuencia de una invalidez sobrevenida a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa que la motiva, bien por no establecerse el servicio o ejecutarse la obra que motivó la expropiación, así como, también, si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados o desapareciese la afectación,

pudiendo en tales casos, el primitivo dueño o sus causahabientes, recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, abonando a la Administración su justo precio, siendo la desaparición del elemento esencial de la causa, la razón determinante que hace que surja el derecho de reversión. Finalmente, se añade que la reversión es un derecho ejercitable frente a la Administración expropiante cualquiera que sea el beneficiario o actual titular de los bienes expropiados.

Así las cosas, la **STS, Sec. 6.<sup>a</sup>, 16-04-2007** conoce del recurso de casación en el que se plantea la reversión de una finca que fue expropiada entre los años 1929 y 1932 en los alrededores de la hoy llamada Plaza de Castilla a favor del Canal de Isabel II, con la finalidad de instalar en tales terrenos infraestructuras básicas de abastecimiento de aguas, siendo adquiridas diversas participaciones indivisas de la misma por la sociedad mercantil «Ferrovia Inmobiliaria, S.A.» en 1998, así como las expectativas de los derechos de reversión sobre la expropiación de la finca en cuestión. El 20 de abril de 1999 el Director Gerente del Canal de Isabel II elaboró un Proyecto en el que bajo la condición de mantenimiento de la infraestructura de agua existente se pretende crear en los espacios superiores no ocupados por la infraestructura un espacio ajardinado libre, visible, con plena integración al contexto urbano y que comprende un espacio bajo el cual están las instalaciones destinadas al abastecimiento, saneamiento y depuración de aguas. Tal proyecto fue informado favorablemente por la Comunidad de Madrid y autorizado por el Ayuntamiento en resolución de 22 de abril de 1999. En octubre de 1999, la citada mercantil, solicita de la Comunidad de Madrid la reversión de la porción de finca (aproximadamente el 10,86%) por la misma adquirida por considerar que había una desafectación tácita y parte sobrante de los bienes expropiados, petición denegada contra la que se interpuso recurso contencioso-administrativo. Durante la tramitación éste, la mercantil «Ferrovia Inmobiliaria, S.A.», transmite mediante compraventa a los recurrentes en casación la referida porción del bien expropiado.

La petición reversional se fundamentaba en que por la inicial actora se había tenido conocimiento, por ser un hecho notorio publicado en la prensa, que en el solar situado en la plaza de Castilla, actualmente ocupado por el Canal de Isabel II, se pretende abrir por la Comunidad Autónoma de Madrid u otro organismo público un parque con destino de uso público, y que de producirse esta circunstancia, se producirían los hechos motivadores de la reversión por: a) desafectación tácita de parte de los bienes expropiados, pues la misma se deduce de los hechos que por su

evidencia revelan el derribo de la valla y el acondicionamiento del uso, y b) la existencia de sobrantes respecto del suelo que se destina a parque público, aunque se mantenga el uso expropiatorio en el subsuelo; así como en que anteriormente se había proyectado construir un Palacio de Justicia previa compra a los herederos de un hipotético futuro derecho de reversión, lo que no tuvo lugar por falta de acuerdo.

En primer lugar, en relación con esa hipotética construcción de un edificio de servicios judiciales en el terreno litigioso, la Sala se plantea la cuestión de si cumplida la causa expropiandi y ejecutada la obra sin que de ella derivase parte sobrante alguna en sentido superficial horizontal, cabe plantearse que como consecuencia de los avances de la técnica pueda nacer el derecho de reversión en relación con nuevos aprovechamientos susceptibles de ser llevados a cabo como consecuencia de la posibilidad de ejecutar sobre el terreno expropiado tales aprovechamientos en sentido vertical, respetando, y sin afectar, el cumplimiento de la causa expropiandi, es decir, de la obra o servicio que motivó la expropiación. La Sala constata, tras constatar la complejidad del tema y reconocer que el mismo no puede resolverse en su totalidad habida cuenta la especificidad del objeto del recurso casacional, declara que «el primer requisito a contemplar ha de ser que el aprovechamiento que se pretende debe ser un aprovechamiento lucrativo susceptible de ser patrimonializado al poder ser de uso privativo y, además, debe ser factible conforme al planeamiento vigente», lo que en el supuesto examinado no se cumple pues «el planeamiento vigente no permite tal aprovechamiento», concluyéndose de esta manera que «el aprovechamiento que se pretende no existe porque no es jurídicamente factible» (FJ 6.º).

Por lo que se refiere al otro argumento esgrimido por la parte recurrente relativo al hecho de que en una parte del suelo expropiado, y sin afectar al cumplimiento del plan objeto de la expropiación, se haya ejecutado una labor de ajardinamiento, la Sala declara que «la posibilidad conforme al planeamiento de crear zonas ajardinadas compatibles con la causa expropiandi no constituye un aprovechamiento lucrativo que puede ser patrimonializado por los expropiados o sus causahabientes», decayendo así la pretensión reversionista sobre el terreno en cuestión en la medida en que no se alteró con ello la causa expropiandi. En efecto, como se explicita a continuación, en el presente caso «estamos ante la realización de un proyecto de acondicionamiento para parque o zona ajardinada para el esparcimiento de la población, permitido según el capítulo 7.13 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación de Madrid, y

totalmente compatible con la razón de ser que motivó la expropiación de los terrenos para la ubicación y prestación de los servicios de infraestructura del abastecimiento de agua en Madrid, lo que en modo alguno constituye un aprovechamiento que pueda ser patrimonializado por los recurrentes ya que no es susceptible de uso privativo» (FJ 7.º).

En consecuencia, la conclusión para la Sala es que «la adscripción a un destino público como es la creación de una zona ajardinada no implica en modo alguno, en el caso que nos ocupa, desafectación del fin legitimador de la expropiación», razón por la que se confirma la sentencia recurrida que había desestimado el recurso en el que se ejercitaba la pretensión de reversión examinada.

## 5. Extranjería y asilo

### 5.1. Extranjería

#### 5.1.1. *Asistencia letrada a extranjeros. Resolución denegatoria del derecho a la asistencia jurídica gratuita: necesidad de que se notifique al interesado para que surta efectos*

La STS, Sec. 5.ª, 27-4-07, RC 8147/03, señala que la resolución denegatoria del derecho a la asistencia jurídica gratuita, para que produzca la consecuencia de que queden sin efecto las designaciones provisionales ya realizadas, debe ser firme, y para ello es imprescindible que haya sido notificada al interesado, quien puede recurrirla. No puede la Sala de Justicia, con la sola y desnuda notificación que a ella le dirige la Comisión, dejar sin efecto los nombramientos provisionales de Abogado y Procurador, pues para tomar esa decisión, el Tribunal debe cerciorarse, por el medio que tenga más adecuado, incluso suspendiendo el curso del proceso, de que la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita ha sido notificada al interesado. Sin esa notificación, la resolución carece de efectividad.

#### 5.1.2. *Denegación de entrada en el territorio nacional. Resolución denegatoria basada en el informe-propuesta emitido por el instructor del expediente. Consecuencias de la falta de traslado de dicho informe al interesado*

En diversas sentencias se ha ocupado la Sala de la tramitación procedimental de los expedientes de control de entrada de extranjeros que



pretenden acceder al territorio nacional. Cuando la resolución es denegatoria y se basa en un «informe propuesta» desfavorable del funcionario actuante, la Sala se ha ocupado de perfilar las consecuencias que puede revestir la falta de traslado de ese informe al interesado para alegaciones complementarias. Así, entiende la Sala que en aquellos casos en que el llamado «Informe-Propuesta» haga alusión a datos nuevos que puedan ser relevantes para la resolución final, no puestos de manifiesto anteriormente al interesado, dicho informe debe ser trasladado para alegaciones al propio interesado asistido de Letrado, pues en otro caso la audiencia sería incompleta, por no contener mención de datos o hechos relevantes, frente a los que el interesado nada podrá alegar. En este sentido, **STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 14-12-2006, RC 7755-03**. La excepción a esta regla general se da en el caso de que dicho informe no contenga datos importantes, o los datos que en él se pongan de manifiesto ya hubieran sido comunicados previamente al interesado en el curso de la entrevista practicada en presencia de su Abogado, o ese informe propuesta no contenga datos fácticos novedosos sino simples valoraciones del instructor sobre los datos ya expuestos por el propio interesado; pues en tales casos se entiende que la falta de traslado del informe-propuesta no ocasiona ninguna indefensión material y efectiva. Así, **STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 21-3-07, RC 1075-04**.

### *5.1.3. Denegación de entrada en el territorio nacional. Ejecutividad de la orden de retorno*

En **STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 31-10-06, RC 5967-03**, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la ejecutividad de la orden de retorno, señalando que si antes de ejecutarse el retorno el interesado solicita la suspensión del acto administrativo interponiendo recurso de alzada, no podrá llevarse a cabo el retorno sin que la Administración haya resuelto previamente sobre la suspensión. Ahora bien, matiza la Sala a continuación, «la Administración no ha de esperar, para llevar a efecto el retorno, a que transcurra el plazo del mes en que el interesado puede formular el preceptivo recurso de alzada (art. 137.6 del Reglamento 864/01, de 20 de Julio y Disposición Adicional 6.<sup>a</sup>), porque la Ley ordena a la Administración llevar a cabo el retorno “en el plazo más breve posible” (art. 60.1 de la Ley Orgánica 4/2000 reformado por la Ley Orgánica 8/2000). De forma que, anunciado el día y hora del retorno, es carga del interesado recurrir en alzada y pedir la suspensión antes de que se lleve a cabo» (FJ 7.º).

#### 5.1.4. *Expulsión del territorio nacional. Impugnación del Acuerdo de iniciación del expediente de expulsión*

El Tribunal Supremo ha declarado en numerosas sentencias que si el acto impugnado es, pura y simplemente, el acuerdo de iniciación de un procedimiento de expulsión, se trata de un acto de mero trámite inimpugnabile, ya que no decide directa ni indirectamente el fondo del asunto ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable (Otra cosa es que la Administración derive de la iniciación del expediente de expulsión consecuencias que el ordenamiento jurídico no permite, lo que no cambia la naturaleza del acto, pero permitirá al interesado impugnarlas independientemente). En este sentido, **STS, Sec. 3.<sup>a</sup>, 31-01-07, RC 4740-03**. Ahora bien, el recurso contencioso-administrativo promovido contra ese acuerdo de iniciación resulta admisible si afecta a la situación personal del interesado porque contiene una propuesta de medida cautelar de internamiento dirigida al juez de instrucción, ya que en tales casos Entiende el Tribunal que no cabe duda de que esta concreta determinación (que no es condición suficiente para el posterior e hipotético internamiento, pero que es condición necesaria, pues sin ella no puede darse), afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla. Señala, así, el Tribunal Supremo que «no es lógico ni conforme a lo dispuesto en el art. 51-1-c) de la Ley Jurisdiccional 29/98, en relación con su art. 25-1, que se prive al interesado de la posibilidad de impugnar determinación tan importante, ya sea por vicios generales del acto considerado globalmente (v.g. incompetencia de quien lo dicta) o por defectos de la concreta propuesta que se hace al Juez de Instrucción (v.g. por no ser el caso uno de los que permite hacerla, según el art. 62-1 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)» (**STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 16-03-07, RC 4604-03**) (FJ 3.º).

#### 5.1.5. *Expulsión del territorio nacional. Motivación de la decisión de la Administración*

Una jurisprudencia reiterada viene señalando que en los casos de permanencia irregular en el territorio nacional, la Ley configura como sanción principal la sanción de multa, con la consiguiente necesidad de motivar la opción por la sanción de expulsión. Ahora bien, ha matizado

la Sala que aun en el caso de que la resolución sancionadora que impone la sanción de expulsión no cuente formalmente con motivación específica, no por eso existirá una falta de motivación determinante de la anulación del acto si en el expediente constan datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos son de tal entidad que justifiquen la expulsión. Concretamente, entiende la Sala que la permanencia ilegal y la circunstancia de estar el expedientado indocumentado, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español, es motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa. Eso sí, hay que tener en cuenta que la entrada ilegal y la estancia irregular dentro de los noventa días siguientes a la llegada a España no está tipificada como infracción administrativa grave o muy grave, por lo que en tales casos lo que procede es la devolución del extranjero y no la expulsión. (SSTS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 28-02-07, RC 8872/03; 19-04-07, RC 10327-03; y 20-4-07, RC 9484-03). Por lo demás, si la Administración sancionadora quiere fundar en los antecedentes policiales o judiciales del interesado la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue el resultado de esas actuaciones policiales o judiciales y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, toda vez que bien podría haber ocurrido que ese resultado final haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque estas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado (SSTS, Se. 5.<sup>a</sup>, 29-09-06, RC 5450/03, y 22-02-07, CAS 9560/2003).

#### *5.1.6. Permiso de residencia y trabajo. Valor de las instrucciones interpretativas aprobadas por la Administración*

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el alcance y valor de las «Notas informativas» o instrucciones aprobadas por la Administración en interpretación de los criterios señalados por la LO 4/2000 (reformada por LO 8/2000) para la concesión de permisos de residencia y trabajo. Entiende el Tribunal Supremo que esas notas informativas no tienen valor de norma, ni pueden limitar las facultades interpretativas de

las norma que los Tribunales tienen. Sin embargo, ello no significa que carezcan de valor alguno, sobre todo cuando han tenido tanto reflejo externo, porque los criterios expuestos por la Administración en esas Notas Informativas han sido llevados a los mismos formularios que la Administración proporciona a los interesados. Considera, así las cosas, el Tribunal Supremo que «la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad no permite a la Administración hacer pública una determinada interpretación de las normas que favorece a los interesados y despreciarla después. Y los Jueces y Tribunales deben tener en cuenta esta circunstancia, para que no sufran los principios de buena fe y confianza legítima». (SSTS 25-1-07, RC 7780-03; y 20-4-07, RC 9785-03) (FJ 4.º).

#### *5.1.7. Permiso de residencia y trabajo. Tramitación del expediente. Subsanación de defectos*

La STS, Sec. 5.ª, 24-05-2007, RC 248/2004, señala que si en la solicitud de permiso de residencia y trabajo por arraigo el interesado dice acompañar documentación relativa a su incorporación al mercado de trabajo, que en realidad no consta aportada, la Administración debe requerir al interesado para que en plazo de 10 días presente el documento oportuno, tal como exige el art. 71 de la Ley 30/92, porque, hecha referencia al dato, su prueba documental es ya algo meramente instrumental, cuya subsanación debe procurar la Administración.

#### *5.1.8. Posibilidad de conceder el permiso de residencia y trabajo en atención a hechos posteriores a la solicitud*

La STS, Sec. 5.ª, 17-11-06, RC 6489-03, declara que a la hora de resolver en sentencia sobre la concesión del permiso de residencia «se pueden tener en cuenta las circunstancias de hecho existentes al tiempo en que el Tribunal decide «cuando el estado o grado de vinculación existente al tiempo de decidir (...) es el natural o lógico desarrollo o evolución del ya existente al tiempo de dictarse la resolución impugnada» (FJ 2.º); lo que no ocurre cuando los hechos alegados en la demanda para justificar el arraigo son hechos posteriores a la decisión de la Administración y no pueden caracterizarse como consecuencia o desarrollo de otros potenciales ya existentes entonces (STS, Sec. 5.ª, 27-04-2007, RC 9129/2003).

*5.1.9. Permiso de residencia y trabajo solicitados al amparo de un procedimiento específico de regularización. Imposibilidad de reconducir en sede jurisdiccional el expediente a otras vías de obtención del permiso*

Habiéndose presentado la solicitud de permiso de residencia y trabajo al amparo de un procedimiento específico de regularización, y habiéndose ceñido la resolución de la Administración al contenido y finalidad de ese procedimiento, resulta estéril tratar de plantear en sede jurisdiccional otras posibles vías de obtención del permiso de residencia y trabajo no formuladas previamente ante la Administración. (SSTS 9-02-07, RC 6557/03. STS 21-03-07, RC 98/04).

*5.1.10. Vinculación de la solicitud de permiso de residencia a la previa denegación de la solicitud de permiso de trabajo*

Una vez denegada de forma ajustada a la Ley (porque así lo ha dicho un Tribunal de Justicia) la renovación del permiso de trabajo, esa decisión lleva implícita la denegación de la prórroga del permiso de residencia, la cual no puede tener suerte distinta. STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 27-04-07, RC 10133/03.

## **5.2. Asilo**

*5.2.1. Reexamen de la solicitud de asilo. Cómputo del plazo de 24 horas*

La STS, Sec. 5.<sup>a</sup>, 6-11-06, Rc 4964/03, señala, respecto de la posibilidad de pedir el reexamen en el plazo de 24 horas desde la notificación de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, que dicho plazo ha de computarse por horas a partir de la notificación y no conforme al cómputo general de plazos en el procedimiento administrativo establecido en la Ley 30/1992. Afirma la Sala, en este sentido, que «La propia regulación de la Ley 30/92 admite que por Ley puedan establecerse otros cómputos. Y ello es lo que ocurre en la Ley 5/84, cuyo art. 5.7 computa el plazo de 24 horas para la petición de reexamen no desde un día determinado, sino desde un momento específico, a saber, desde la notificación de la resolución de inadmisión a trámite. Se trata de una

norma con rango de Ley que contiene una regulación especial y distinta en beneficio de la urgencia que el caso requiere»; y añade que «la Ley 5/84, de 26 de marzo, regula en su art. 5 un procedimiento para decidir sobre la inadmisión a trámite y sobre la solicitud de reexamen que se rige por los principios de rapidez y urgencia; buena prueba de ello es que ese plazo para solicitar el reexamen se fija por horas (veinticuatro horas desde la notificación de la inadmisión), lo que no es frecuente en el Derecho Administrativo (v.g., en la propia Ley 30/92 sólo se hace referencia a plazos por horas en los arts. 24-1-a) y 27-3, con referencia a ciertos extremos del funcionamiento de los órganos colegiados, y, fuera de ella, apenas si hay ejemplos distintos a la regulación del derecho de reunión por Ley 9/1983, de 15 de Julio). Así que el establecimiento de plazos por horas es rigurosamente excepcional en el Derecho Administrativo»; señalando, en fin, que «un procedimiento en que la persona tiene limitada su libertad de movimientos (v.g. art. 5.7, párrafo tercero de la Ley 5/84, a cuyo tenor el interesado ha de “permanecer en el puesto fronterizo» y en las «dependencias adecuadas” mientras se resuelve la petición de asilo y la solicitud de reexamen), no se compadece en absoluto con un sistema de cómputo que, por excluir los días inhábiles, puede retrasar la resolución de forma sustancial, al ser posible que se sucedan en el tiempo varios días festivos seguidos mezclados con días hábiles, no siendo infrecuente, como la experiencia señala, que, según ese cómputo, un plazo de dos días pueda convertirse en uno de cuatro. Esta posibilidad es contraria a los principios de celeridad y urgencia que rigen el procedimiento de inadmisión a trámite y reexamen en las solicitudes de asilo» (FJ 6.º). Por lo demás, critica la Sala que la petición de reexamen se presentara en la oficina de correos, toda vez que la elección de este medio de presentación de la solicitud de reexamen pugna claramente con los principios de celeridad e inmediatez que son propios de este procedimiento específico.

### 5.2.2. *Concepto y notas definidoras de los «grupos sociales» perseguidos*

La STS, Sec. 5.ª, 26/07/2006, RC 1184/2003, tras recordar que la Convención de Ginebra de 1951, y por tanto la Ley 5/1984, cuyo art. 3.1 expresamente se remite a ella, considera como «motivos» de persecución que deben dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, los de «raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas», analiza qué debe entenderse por «pertenencia a determi-

nado grupo social» a efectos del reconocimiento de la condición de refugiado. Apunta la Sala, sobre esta concreta cuestión, que no es necesario que el elemento común del grupo social, el elemento que lo identifica como tal, sea el de la raza, o el de la religión, o el de la nacionalidad, o el de las opiniones políticas de sus miembros: «El elemento común, para situarnos propiamente en aquel motivo de persecución, ha de ser otro, sin que en las normas aplicables, en su texto y en su espíritu y finalidad, se excluya en principio ninguno, siempre que: a) tenga aptitud para ser el definidor de un colectivo, y de un colectivo perceptible, diferenciable y susceptible de ser perseguido en la concreta situación político-social por la que atravesase un país en un momento dado, y de serlo con o a través de actos que sean suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, de suerte que sus miembros, o lo que es igual, las personas a las que se atribuya el elemento o nota común, puedan sentir en esa situación político-social un temor fundado, tanto de ser perseguidos con o a través de esos actos, como de no recibir la protección debida en el país de su nacionalidad o de su residencia habitual; y b) que el elemento común no sea uno de los que excluyen la aplicación de las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1951, como son la comisión de delitos contra la paz, delitos de guerra, delitos contra la humanidad, graves delitos comunes, o la de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas» (FJ 5.º). Se remite la Sala, a estos efectos, a la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril, cuyo objeto es el establecimiento de normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, el cual ofrece en su art. 10, letra d), los elementos definidores del concepto «determinado grupo social» en unos términos que amparan lo que se acaba de razonar.

## 6. Función pública

### ***6.1. Casación en interés de Ley. Adquisición de Grado Personal. Doctrinal legal: El funcionario de nuevo ingreso no adquiere automáticamente el grado equivalente al nivel mínimo del intervalo atribuido al grupo de su cuerpo o escala***

La STS, Sec. 7.ª, 04-01-2007, RCIL 81/2004, estima el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, contra sentencia del

TSJ de Canarias. Esta sentencia avalaba en apelación el criterio de un Juzgado de lo Contencioso-administrativo, y partiendo de los arts. 21.1 c) y 22. 1 párrafo 4, de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, considera que un funcionario desde su ingreso en un Cuerpo de la Administración, o en los supuestos de promoción interna, posee el grado personal correspondiente al mínimo del intervalo correspondiente, a partir del cual puede consolidar grados superiores. El recurso de casación en interés de Ley trata de decidir «si la afirmación del art. 21.1 c) de la Ley 30/1984 (Todo funcionario posee un grado personal que corresponderá a alguno de los niveles en que se clasifiquen los puestos de trabajo) es un derecho diferente al que regula ese propio artículo en su apartado 1.d) que supedita la adquisición del grado al desempeño del puesto durante los plazos antes indicados.» (FJ 3.º)

Centrado así el litigio, el TS parte de la literalidad del art. 21.1 d) que, sin establecer salvedad alguna para los funcionarios de nuevo ingreso, establece que el grado se adquiere por el desempeño de uno o más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados o tres sin interrupción (FJ 4.º). Confrontando aquel precepto con el art. 22.1 de la misma Ley 30/84, la Sala distingue tres cuestiones distintas y complementarias entre sí: a) una cuestión principal regulada en el art. 21.1 d) referida al requisito que resulta necesario para la adquisición de cada grado personal, «concretado en el desempeño del puesto del nivel correspondiente al grado que se pretende adquirir durante un inexcusable mínimo temporal»; b) una cuestión aclaratoria de la principal, regulada en el art. 22.1, párrafo 3.º, que consiste en «establecer el respeto de los grados ya adquiridos en Cuerpos o Escalas inferiores para los funcionarios que accedan a otros Cuerpos o Escalas superiores por el sistema de promoción interna y haya niveles que son coincidentes en los intervalos pertenecientes al cuerpo de procedencia y al cuerpo superior de acceso»; c) una tercera cuestión regulada en el art. 22.1, párrafo 4.º, que versando también sobre el acceso a Cuerpos o Escalas Superiores con coincidencia de niveles, y respecto del transcurso del período mínimo para la consolidación de grado establece «la posibilidad de que el tiempo ya desempeñado en el Cuerpo inferior de procedencia en ese nivel coincidente sirva, adicionándolo con el tiempo que se desempeñe en el nuevo y superior Cuerpo o Escala, para completar ese período mínimo de desempeño legalmente necesario para que haya lugar a la adquisición de un determinado grado». Añade la Sala que el art. 78.5 del Reglamento de Ingreso, Provisión y Promoción (RD 364/1995), ratifica



y desarrolla ese art. 22.1, sin determinar, de forma distinta al régimen general de adquisición de grado ya referido, que el nuevo ingreso determine necesariamente la automática adquisición del nivel mínimo o más bajo que se halle incluido en el intervalo del nuevo Cuerpo. (FJ 5.º)

Se fija como doctrina legal la siguiente: «El funcionario de nuevo ingreso en un determinado Cuerpo o Escala no adquiere automáticamente, como grado personal consolidado, el que corresponda al nivel mínimo del intervalo de niveles que esté determinado para dicho Cuerpo o Escala, siendo necesario para que tal consolidación se produzca la prestación de servicios en un puesto de trabajo del nivel correspondiente o superior durante el tiempo exigido por la Ley».

## 7. Poder Judicial. Administración de Justicia

### ***7.1. CGPJ. Expediente disciplinario. Infracción muy grave por retraso injustificado y reiterado. No se aprecia la caducidad. Procedimiento legalmente establecido. Incorrecta tipificación de los hechos. Estimación parcial del recurso contencioso-administrativo***

La STS, sec. 7.ª, 25-09-2006, Rca 157/2003, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial recaída en expediente disciplinario y que impuso a la Magistrada recurrente la sanción de suspensión de funciones por tiempo de un año como autora una falta muy grave prevista en el art. 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por desatención o retraso injustificado y reiterado en la resolución de causas o procesos.

Declara la Sala que, aunque incorrectamente alegada, no concurre la caducidad del expediente pues la superación del plazo de seis meses queda suficiente justificada al comprobarse que la tardanza en la instrucción y resolución del expediente vino principal y casi exclusivamente motivada por dos clases de motivos: de un lado, el aplazamiento de diligencias y la ampliación de plazos por causa de la baja por enfermedad de la expedientada durante la tramitación del expediente; y, de otra parte, la dificultad, a veces imposibilidad, de practicar las notificaciones dirigidas a la Magistrada recurrente. (F.J. 2.º y 3.º). Seguidamente, la Sala tercera, que no aprecia ninguna irregularidad determinante de

indefensión en la tramitación del expediente, declara que los hechos probados encuentran respaldo en las actuaciones practicadas, aunque la resolución sancionadora omita la cita de los folios correspondientes. Sin embargo, los mismos son susceptibles de ser calificados como falta grave y no muy grave. En este sentido, precisa la Sala que aunque se trata de una disfunción notable en el normal desempeño de la función —no susceptible de ser calificada como leve— no aparecen datos indicativos de la máxima gravedad, al no reflejarse una incidencia especialmente perturbadora en la marcha general del Órgano Jurisdiccional, ni la incidencia sobre el total de los procedimientos encomendados, ni ponderarse la mayor o menor dedicación prestada en los demás procedimientos, parámetros todos los señalados, que tanto la Sala como el Pleno del CGPJ han seguido en otras resoluciones (FJ 8.º). La estimación parcial comporta dejar sin efecto la suspensión de funciones por un año que se ve sustituida por la de multa de 1800 euros, al no quedar acreditada la concurrencia de circunstancias que modifiquen la responsabilidad.

**7.2. CGPJ. Las plazas a ofrecer a quienes promocionan a la categoría de Magistrado por superar las pruebas selectivas para los órdenes jurisdiccionales Civil y Penal han de ser las que estén vacantes y hayan quedado desiertas por falta de solicitantes. Aplicabilidad de los arts 326 y 334 de la LOPJ. Estimación del recurso contencioso-administrativo y anulación del acuerdo y Real Decreto impugnados en cuanto a la adjudicación de plaza no ofrecida en concurso de traslado a quienes ya tenían la condición de Magistrado**

La STS, sec. 7.ª, 25-09-2006, RRCa n.º 123/2003 y acumulado n.º 125/2003, estima los recursos interpuestos contra los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial desestimatorios de los recursos de alzada promovidos por diversos Magistrados destinados en Santa Cruz de Tenerife contra el Real Decreto 1318/2002, de 10 de diciembre, que dispuso la promoción a la categoría de Magistrado del hasta entonces Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Santa Cruz, quien había superado las pruebas selectivas en el orden jurisdiccional penal, convocadas y dispuso que pasase a desempeñar la plaza de Juez de Vigilancia Penitenciaria n.º 2 de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife.

La Sala, tras rechazar que el Acuerdo incurra en desviación de poder, declara que si bien es cierto que no hay plazas determinadas para quienes promocionen a la categoría de Magistrado mediante la superación de pruebas selectivas, y que el CGPJ puede, dentro de su potestad de auto-organización, escoger plaza dentro de las disponibles, lo que no puede es adjudicar una plaza que no haya sido antes objeto de concurso de traslado entre Magistrados y haya quedado desierta. Señala que así resulta de una interpretación conjunta de los arts. 326 y 334 de la LOPJ y del criterio, vinculado a la Carrera Judicial, de que el mejor puesto en el escalafón se erige en la regla general para resolver los concursos convocados para la provisión de los Juzgados. (FJ 5.º y 6.º)

La Sala precisa que la estimación del recurso deja a salvo la promoción y antigüedad que corresponde al destinatario del Real Decreto anulado y ordena al CGPJ que la provisión de la plaza discutida se lleve a cabo mediante concurso de traslado o, en su caso, motive porqué no la ofrece a concurso. (FJ 7.º)

### ***7.3. Instrucción 2/2003, de 26 de febrero del Pleno del CGPJ sobre Código de Conducta para usuarios de equipos y sistemas informáticos al servicio de la Administración de Justicia. Jerarquía normativa. Independencia judicial. Desestimación del recurso contencioso-administrativo***

La STS, sec. 7.ª, 30-10-2006, RCA n.º 183/2003, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por diversos Magistrados destinados en la ciudad de Zaragoza, contra la Instrucción 2/2003, de 26 de febrero del Pleno del CGPJ sobre «Código de Conducta para usuarios de equipos y sistemas informáticos al servicio de la Administración de Justicia».

El primer argumento impugnatorio, relativo a la vulneración del principio de jerarquía normativa, es rechazado por la Sala con remisión a su precedente sentencia de 18-9-2006, rec. 74/2003, que desestimó análogo recurso contra la misma Instrucción, interpuesto, en aquella ocasión, por un Secretario Judicial. Al respecto, se indica (F.J. 4.º) que la citada Instrucción, que no innova el ordenamiento jurídico, no desconoce la reserva reglamentaria contenida en el art. 230.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que diferencia entre la protección de datos de carácter personal y lo relativo a los programas, aplicaciones y sistemas informáticos, ni carece de competencia el Consejo General del Poder

Judicial para dictarla en los términos en que lo ha hecho. Se rechaza asimismo que la instrucción impugnada comprometa la independencia judicial pues los esquemas procesales normalizados afectan a las formas y a la gestión procesal, no a los contenidos de las resoluciones judiciales. Por otra parte, el Sistema Informático proporcionará información, además de al Consejo General del Poder Judicial, a los propios Juzgados y Tribunales sobre la actividad que desempeñan. Finalmente, en cuanto a la previsión del apartado decimoquinto de la Instrucción impugnada, declara la Sala que, contrariamente a lo sostenido en la demanda, «no contiene esta previsión ninguna llamada a la responsabilidad disciplinaria de los Jueces y Magistrados contraria a la Constitución. Ni tipifica ninguna infracción, ni introduce cambio alguno en el régimen disciplinario de los miembros de la Carrera Judicial. Ese régimen, conforme a la Constitución, está recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y es aplicado en los términos en ella previstos por el Consejo General del Poder Judicial. La referencia de este apartado al estatuto jurídico de los usuarios de los equipos, programas y aplicaciones informáticos no implica ninguna modificación del mismo.»

**7.4. CGPJ. Carrera Judicial. Ingreso por el llamado cuarto turno.**  
*Significado de la entrevista: posibilidad de realizar preguntas referidas a conceptos elementales de la formación necesaria para la función Jurisdiccional, o a materias directamente relacionadas con los méritos*

La STS, sec. 7.<sup>a</sup>, de fecha 22 de diciembre de 2006, RCA n.º 81/2003, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial que aprobaron la propuesta del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas para ingreso en la Carrera Judicial por la Categoría de Magistrado, no apareciendo el promotor del recurso, quien participó en las referidas pruebas selectivas para ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado, mediante concurso de méritos entre juristas de reconocida competencia con al menos de diez años de ejercicio profesional en el orden jurisdiccional civil.

La Sala, tras advertir que las cuestiones suscitadas han sido ya examinadas en la reciente **Sentencia de 21 de septiembre de 2006 (Recurso 256/2002)**, examina en primer lugar, (FJ 3.º) la impugnación

de la demanda que sostiene que se produjo una improcedente transformación del proceso selectivo, por razón de la indebida utilización que se hizo de la entrevista. Para ello recuerda la doctrina ya sentada (FJ 4.º) y declara en el siguiente fundamento que «lo que la doctrina contenida en esas anteriores sentencias de esta Sala viene a proclamar es que, en lo que se refiere a los méritos que hayan de determinar la acreditación por el candidato de la formación y capacidad que son necesarios para ingresar en la carrera judicial, su valoración no puede hacerse atendiendo únicamente al dato objetivo de la documentación que haya sido presentada para alegar esos méritos. Habrá de ponderarse así mismo el grado de madurez y dominio que, a través de las preguntas que le sean realizadas en la entrevista, el candidato demuestre sobre las materias o cuestiones a que vayan referidos los méritos alegados». Seguidamente, tras señalar que «la entrevista legalmente prevista, es una medida dirigida a constatar si los trabajos o estudios aportados como méritos no son solo un indicio de que el aspirante puede reunir esa formación que resulta necesaria sino una efectiva realidad», delimita los parámetros de la entrevista indicando que «El límite legal de que la entrevista no sea convertida en un examen general ha de considerarse respetado cuando las preguntas formuladas por el Tribunal Calificador están referidas bien a conceptos elementales de esa formación necesaria para la función jurisdiccional, o bien a materias directamente relacionadas con los méritos que hayan sido aportados» y que «Para excluir justificadamente a un aspirante no será necesario que este haya contestado de manera insatisfactoria a todas las preguntas. Bastará que lo haya hecho de manera incompleta o confusa solo sobre una de ellas, si dicha pregunta está referida a una importante institución. Y también deberá considerarse justificada esa exclusión si es resultado de ponderar una pobreza general en las contestaciones del aspirante sobre temas básicos».

En el caso enjuiciado, las explicaciones ofrecidas por el Tribunal Calificador sobre la exclusión del demandante se ajustaban a lo que acaba de expresarse. Finalmente, rechaza la sala (FJ 6.º) los defectos formales derivados, por un lado, de la dilación que existió entre la realización de la entrevista y el acta posterior que motivó la exclusión del demandante y, por otro, de las posibles contradicciones existentes entre las actas, ya que no tienen entidad o alcance bastante para encarnar ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho o anulabilidad definidas en los arts. 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

### **7.5. *Instrucción 1/2003 sobre sustituciones, Magistrados suplentes y Jueces sustitutos. Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Magistrado. Instrucción que no constituye actividad administrativa impugnabile***

La STS, sec. 7.<sup>a</sup>, 07-02-2007, RCA n.º 78/2003, inadmite el recurso contencioso-administrativo promovido por un Magistrado contra la la Instrucción 1/2003 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 15 de enero de 2003, sobre régimen de sustituciones, magistrados suplentes y jueces sustitutos. Declara la Sala (FJ 2.º) que «Esa Instrucción 1/2003 carece de contenido normativo, porque mantiene inalterado el estatuto profesional de Jueces y Magistrados que en términos genéricos define la Ley Orgánica del Poder Judicial —LOPJ— y tampoco modifica los Reglamentos de desarrollo del citado texto legal aprobados por el Consejo General del Poder Judicial. Y en lo que particularmente se refiere al recurrente, tampoco ha generado para él consecuencias jurídicas individualizadas, al no imponerle carga o deber que le pueda ser directa y personalmente exigido». Precisa en el FJ 3.º, que la lectura de la referida Instrucción 1/2003, pone de manifiesto que «tiene el significado y alcance que se señala a las instrucciones y ordenes de servicio en el art. 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —LRJ/PAC—. Lo que en ella hace el Consejo es elaborar unos criterios, dirigidos a los órganos de gobierno interno del Poder Judicial, en relación a las decisiones que deban adoptar en materia de sustituciones, Magistrados suplentes y Jueces sustitutos» añadiendo que «sus destinatarios son los órganos de gobierno interno del Poder Judicial.»

## **8. Responsabilidad patrimonial**

### **8.1. *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria en supuestos de suicidio. Relación de causalidad. Deber de vigilancia y control. Concurrencia de culpas***

La apreciación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en supuestos de muerte o lesiones derivadas de intentos autolíticos, requiere un cuidadoso estudio acerca de si, en cada caso concreto, existió la debida vigilancia y control del individuo por parte de los ser-

vicios de asistencia sanitaria. La **STS, Secc. 6.<sup>a</sup>, 14-03-2007 (RC 6806/2002)** estima parcialmente el recurso interpuesto y aprecia responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por la muerte, por suicidio, de un individuo, correctamente evaluado e internado en una habitación de aislamiento, para mejor control y seguridad, en consideración a la existencia de desatención en algún momento del intervalo de 20 minutos que media entre las 12,40 horas del día 26 de marzo de 1999 —momento en que solicitó acudir al WC, interesando posteriormente la aportación de papel higiénico, lo que se efectúa por la enfermera, dejándole sentado en el inodoro—, y las 13,00 horas, momento en que apareció colgado por el cuello con la ropa de cama que había deslizado a través de una abertura o respiradero de ventilación. La Sala aprecia una falta de atención y vigilancia generadora de responsabilidad al considerar que la evaluación de un enfermo de las características del perjudicado, y la aplicación del tratamiento y medidas adecuadas «no se compadece con la absoluta libertad de que el enfermo disfrutó para trasladarse del WC a la habitación, hacerse con la ropa e introducirla por una abertura o respiradero de ventilación para así facilitar su posterior ahorcamiento» (FJ 2.º).

En la misma línea, la **STS, Secc. 6.<sup>a</sup>; 21-03-2007 (RC 6151/2002)**, examina un supuesto generador de gran alarma social. Se trata del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 4.<sup>a</sup>) de la Audiencia Nacional, de 19 de Junio de 2002, por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial, por importe de 60 millones de pesetas, que la reclamante había formulado al entender que resultaba imputable a la Administración sanitaria el suicidio de su hijo, de 20 años el cual, como consecuencia de haberse provocado por la noche unos cortes en las muñecas, fue atendido en la mañana del día 16 de Noviembre de 1996 en el Servicio de Urgencias del Hospital de Santa María del Rosell de Cartagena donde, el médico que le atendió, le suturó las heridas, que no revistieron gravedad, y aconsejó a los padres que lo llevaran a revisión por su psiquiatra de zona. Al salir del Hospital, el joven se despistó de la vigilancia de sus padres y a las pocas horas se colocó en la vía del tren al paso de un convoy que lo atropelló y le provocó la muerte en el acto.

La Audiencia Nacional consideró que no cabía apreciar la oportuna relación de causalidad entre la actuación del medico de urgencias y el

suicidio del hijo de la recurrente porque en dicha relación de causalidad intervino, de forma decisiva, la propia voluntad del fallecido en poner fin a su vida, entendiéndose que no puede imputarse al sistema público de salud el no haber puesto freno a dicha voluntad, claramente suicida, en un supuesto en que parece evidente que el hijo de la recurrente no reunía síntomas específicos que aconsejaran actuar de otro modo al que se actuó por no tener antecedentes de autolisis, ni antecedentes de tratamiento psiquiátrico, ni conocerse una causa específica que pudiera justificar su conducta, ni las circunstancias en las que se había cortado en las muñecas parecían deducir que su voluntad de suicidio fuera muy firme. Añadía la Sala de instancia que «Tanta responsabilidad cabría imputar al Médico de urgencias que trató al hijo de la recurrente como a sus propios padres que, conociendo las circunstancias de su propio hijo, lo dejaron marchar solo (ó no supieron retenerlo junto a ellos) de modo que facilitaron el hecho de que se consumara la voluntad suicida de su propio hijo».

Por el contrario, la **STS, Secc. 6.ª; 21-03-2007 (RC 6151/2002)** que comentamos, partiendo de los hechos que la Sala de instancia declara probados, considera evidente que por los servicios médicos de urgencia, que se limitaron a curar las heridas de la muñeca, se omitió el deber de dar una determinada respuesta médica a quien se encontraba privado de capacidad normal de discernimiento, circunscribiéndose a dar unos consejos a sus padres, lo que sin ninguna duda pone de relieve la omisión por parte de aquellos servicios, de los medios adecuados para seguir o controlar la alteración mental del paciente y, de esa omisión, se derivó, en una relación de causalidad directa y eficaz, que el Sr.A., que persistía condicionado por la alteración mental que padecía y sobre la que los médicos no pautaron medida de control alguno, se arrojase unas pocas horas más tarde a la vía del tren con ánimo de quitarse la vida, lo que efectivamente sucedió al ser atropellado por un convoy.(FJ 4.º).

Concluye la Sala que concurren los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, por tanto, ha de apreciarse la vulneración por la sentencia de instancia de la jurisprudencia de esta Sala que la actora cita, surgiendo para aquella la obligación de indemnizar, sin perjuicio de tener en cuenta la conducta del fallecido para atemperar la indemnización procedente, lo que le lleva, valorando todas las circunstancias a fijarla en la cantidad de 120.202,42 euros (20 millones de pesetas).



## **8.2. Responsabilidad Patrimonial. Prescripción de la acción. Teoría de la Actio Nata. Pendencia de proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad**

La jurisprudencia de esta Sala (entre otras, STS 07-09-2006), afirma que, a efectos del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como inidónea o improcedente, encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por las vías posibles para ello, afirmando igualmente en STS de 18-01-2006 que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración, comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el art. 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, declarando igualmente en STS de 07-12-2005 que «cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendencia del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal».

Todo ello no es sino reflejo de la aceptación por esta Sala del **principio de la actio nata**, conforme al cual solamente cabe exigir la actividad del administrado en orden a impetrar el reconocimiento de responsabilidad por parte de la Administración cuando ello sea posible, una vez culminado el proceso penal en que se dilucidan los hechos determinantes de la responsabilidad.

A la consolidación de esta jurisprudencia contribuye la reciente **STS, Secc. 6.ª, de 09-05-2007 (RC 601/2003)** que examina un supuesto acaecido el 29 de septiembre de 1972, fecha en que el recurrente sufrió varias heridas por arma de fuego a causa de disparos realizados por un Cabo Primero de la Guardia Civil que se encontraba de servicio, sobreviniendo luego gangrena isquémica de la pierna derecha que motivó la amputación de dicho miembro, amputación que fue practicada el 6 de octubre de 1972. En su escrito de reclamación, el recurrente narra las vicisitudes del Consejo de Guerra celebrado por la Justicia Militar que,

por sentencia del 3 de octubre de 1973, terminó absolviendo al Cabo 1.º de la Guardia Civil procesado en dicha causa, sentencia que no le fué formalmente notificada hasta el 25 de abril del año 2000 —notificación que se le hizo tras haberla solicitado él en su reclamación de marzo de 1999 y en varios escritos posteriores—.

La Sala, en la sentencia que comentamos, declara que «En el presente caso es evidente que el proceso penal concluyó con el pronunciamiento del Tribunal Militar, en el que no tuvo parte interviniente el recurrente y de cuyo pronunciamiento no fue expresamente notificado hasta la fecha indicada por la sentencia recurrida, el 25 de abril del año 2000, después de haber interesado él mismo la práctica de dicha notificación al formular su reclamación de marzo de 1999 y en varios escritos posteriores. Frente a ello no cabe aducir, como la sentencia hace, que a finales del año 1980 el recurrente interesó del Juzgado Militar de Algeciras la indemnización correspondiente, donde le indicaron que le sería comunicada la sentencia y el acuerdo que recayese, pues de ello solamente se concluye, en una razonable interpretación, que el recurrente no dejó de demostrar una actividad tendente a conocer el resultado de la sentencia penal, y en modo alguno puede extraerse de ello la consecuencia de que el Sr. Gil Carrasco hubiera dejado transcurrir años sin adoptar iniciativa alguna hasta que presentó su reclamación». (FJ 4.º).

En consecuencia, la Sala declara haber lugar al recurso de casación y declara la inexistencia de la prescripción, tanto en virtud de lo dispuesto en el art. 40.2 de la anterior Ley de Régimen Jurídico, como en el art. 142.5 de la Ley 30/1992.

### ***8.3. Responsabilidad Patrimonial. Deber de información que permita el ejercicio de la opción por la interrupción voluntaria del embarazo en supuestos de malformaciones congénitas***

La STS, Secc. 6.ª, de 14-03-2007 (RC 8017/2002), consolidando la doctrina sentada en sentencias como la STS, Secc. 6.ª, 30-06-2006 (RC para unificación de doctrina 217/2005) en relación con la detección de malformaciones en el nasciturus, confirma la sentencia que condena a la Administración sanitaria a indemnizar el mal funcionamiento del servicio consistente en no haber proporcionado a los padres una adecuada información sobre la evolución del feto, lo que les impidió poder ejercitar la opción por la interrupción voluntaria del embarazo.

Por su parte, la STS, Secc. 6.<sup>a</sup>, 10-05-2007 (RC 4779/2003) aprecia la concurrencia de todos los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial en un supuesto en el que por parte de la Administración sanitaria no se aplicaron todas las técnicas necesarias, en función de los conocimientos de la práctica médica en 1996, para realizar un correcto diagnóstico prenatal del hijo de los actores, pese a todas las circunstancias que concurrían tanto de antecedentes hereditarios, como de las incidencias surgidas en el análisis efectuado por el laboratorio correspondiente, y pese a que era conocida la necesidad de realizar dos pruebas de diagnóstico, ante la existencia constatada de falsos negativos y el hecho de que la gestante fuera portadora de una alteración vinculada con el cromosoma X. La Sala estima el recurso interpuesto declarando que «Pese a que la actora es portadora de la adrenoleucodistrofia y que los estudios científicos de la época ya determinaban la exigencia de dos pruebas, nada se informa al respecto a los recurrentes sobre la necesidad de otra prueba, ni se procede a acordar la práctica de cualesquiera aquellas a la que se refiere la perito en el apartado B de su informe: ni se practica prueba de betaoxidación, ni en su caso prueba de inmunofluorescencia de los mismos cultivos de fibroplastos de vellosidades coriales utilizados para la medición de VLCFAs, ni repetición de la medición del nivel de VLCFAs en células de fluido amniótico obtenidas por amniocentesis realizada en el segundo trimestre. Tampoco se les informa de que el laboratorio holandés no pudo realizar la prueba de oxidación, ni se les habló de lo limitado del líquido recibido por aquel, y se dio como certeza lo que era una expresión voluntarista de que el feto fuese normal.

En definitiva, y pese a que los servicios médicos que estudiaban a la paciente eran los científicamente más cualificados para el estudio del feto y pese a que sabían lo limitado del resultado de las pruebas del laboratorio holandés, y que en todo caso en supuestos como el que nos ocupa de madre portadora de tal alteración del cromosoma X, era necesaria la práctica de dos pruebas para diagnosticar al feto, no acordaron la práctica de esa segunda prueba, limitándose a dar por buenos y transmitir a los padres unos resultados de laboratorio, que los servicios médicos conocían perfectamente que no podían ser considerados como seguros.

Al ofrecer a los padres como seguros unos resultados que carecían de los contrastes que el estado científico de la medicina ya requería en aquel entonces, otorgaron a estos una información, en relación a un feto varón normal, que no se correspondía con la realidad, pero que hizo que

estos confiados en que los servicios médicos especializados a los que habían acudido, habían actuado con arreglo a la “lex artis” y por tanto habían hecho un diagnóstico prenatal correcto, decidieron continuar con el embarazo, no dándoseles opción para optar por la interrupción voluntaria del embarazo.» (FFJJ 7.º y 8.º).

#### ***8.4. Responsabilidad Patrimonial. Daños derivados de la deficiente asistencia médica prestada por una institución privada, libremente escogida como una de las modalidades de obtener la prestación del servicio público de asistencia sanitaria a que tienen derecho los funcionarios públicos***

La STS, Secc. 6.<sup>a</sup>, de 24-05-2007 (RC 7767/2003) examina una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a MUFACE como ente gestor del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, en un supuesto de asistencia sanitaria prestada en el marco de un concierto suscrito entre MUFACE y la entidad ADESLAS, en el que se cuestiona la ausencia de título de imputación a la Administración.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en la instancia, sin negar una mala praxis médica en la intervención quirúrgica de la que se derivaron las secuelas objeto de reclamación, consideró que el daño cuyo resarcimiento se persigue por la actora no era imputable al funcionamiento de los servicios públicos, excluyendo la responsabilidad patrimonial de la Administración, habida cuenta que la actuación administrativa consiste en celebrar conciertos con Entidades o Sociedades para facilitar a los mutualistas y beneficiarios la prestación sanitaria de tal modo que, a tenor de lo dispuesto en los Concursos suscritos, la responsabilidad que puede surgir por la defectuosa asistencia sanitaria no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación, entendiéndose que MUFACE no había prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, sino que había sido la Entidad concertada elegida por la mutualista la que lo había hecho a través de sus médicos y servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente con los recurrentes y que estos no podían desconocer.

Por el contrario, la sentencia que comentamos, en coherente correspondencia con la doctrina sentada en la reciente STS, Secc. 6.<sup>a</sup>, de 20-02-2007 (RC 5791/2002) y en la STS, Secc. 6.<sup>a</sup>, de 03-07-2003 (Rec. Cas.

**para unificación de doctrina 128/0202)**, en que se examinaban supuestos de responsabilidad patrimonial similares al ahora planteado, declara la obligación de la Administración de responder por los perjuicios causados, siempre que concurren los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial, sin que pueda incumplirse esta obligación, por el hecho de haberse prestado el servicio público de manera indirecta a través de una entidad concertada, razonando que no pueden oponerse las concretas cláusulas del concierto a quien tiene el carácter de un tercero en relación al articulado del mismo, pero que precisamente, por la existencia de este acude a recibir asistencia sanitaria de la que es beneficiaria a la entidad médica con la que MUFACE al amparo del art. 17 de aquel Texto Refundido, ha suscrito el oportuno concierto para la prestación de aquella asistencia. (FJ 4.º).

**8.5. Responsabilidad Patrimonial. Falta de identificación de los donantes de sangre transfundida, portadora de Hepatitis C, genotipo 3a, asociada a pacientes drogodependientes. Principio de facilidad de prueba. Utilización de sangre de personas pertenecientes a grupos de riesgo de transmisión del SIDA**

La STS, Secc. 6.ª, de 25-04-2007 (RC 273/2003) examina un supuesto en que la sentencia recurrida aplica la conocida doctrina de la Sala sobre la responsabilidad originada por el contagio de la hepatitis C con anterioridad a la fecha de la identificación de la enfermedad y descubrimiento de los marcadores para su detección, hechos que tuvieron lugar a finales de 1989 y principios de 1990, y que son determinantes para enjuiciar la anti-juricidad del daño, concluyendo que, puesto que en el caso concreto el contagio se produjo al ser objeto de las transfusiones el 13 de octubre de 1989 y, por tanto, con anterioridad a las fechas antes indicadas, la paciente había de soportar los daños derivados del contagio que por ello no resultaba antijurídico.

La sentencia que comentamos tiene en cuenta que ha quedado acreditado que el reclamante padece un especial genotipo del virus de la hepatitis denominado 3a, que se manifiesta en drogodependientes o personas contagiadas por drogodependientes por vía intravenosa, circunstancia ésta que no fue negada por parte de la Administración y que, además, está ratificada por los informes incorporados a las actuaciones, y advierte que el centro de la cuestión lo constituye, no la falta de antiju-

ricidad del daño derivado de un contagio producido antes de la fecha en que se descubrieron los marcadores que permitían la identificación del virus de la hepatitis C, sino el determinar si, efectivamente, y por parte de los servicios sanitarios públicos se adoptaron las medidas necesarias para el control de la obtención de la sangre humana y sus componentes y la posterior administración de la misma a la interesada.

Por ello, partiendo de la afirmación de la sentencia recurrida de que el contagio de la enfermedad fue debido a la transfusión sanguínea realizada en institución sanitaria pública, tiene en cuenta que «las condiciones en que la misma se realizó impedían la realización de la transfusión ante la no constancia, en el envase que contenía la sangre transfundida, del donante, de cuya circunstancia, en su caso, y de los riesgos que asumía debió de haber sido alertado el paciente; por ello la práctica de la transfusión de una sangre cuyo origen se desconocía ha de entenderse que constituye una mala praxis médica que convierte el daño ocasionado en antijurídico y por lo tanto, que no ha de ser asumido por el paciente.» (FJ 2.º)

## 9. Urbanismo y medio ambiente

### 9.1. Medio ambiente

#### 9.1.1. *Discrepancia con Evaluación de Impacto Ambiental. No es acto de trámite. Consulta previa a la Comisión Europea*

La STS, Sección 5.ª, 29-11-2006, RC 933/2003, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia que declaró inadmisibile el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo de un Consejo de Gobierno Autonómico por el que, entre otros aspectos, se resolvió la discrepancia entre dos Consejerías acerca de un proyecto de extracción de mineral.

Señala la Sala que, a diferencia de lo que ocurre con la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), a la que, a efectos procesales, se le ha conferido naturaleza de acto de trámite, la discrepancia recurrida carece de tal consideración al estar dotada de plena autonomía e independencia. En efecto, a través del Acuerdo impugnado en la instancia se produjo una suerte de arbitraje institucional que dio lugar a una decisión sobre la viabilidad de la autorización relativa a un concreto proyecto. Tal decisión se pronunció después de la valoración de unos intereses —posibles en cada sector en el que

se ejercita la acción de gobierno, pero contrapuestos entre sí— que llevó a la Administración a tener que decidir sobre el archivo o la viabilidad del proyecto en cuestión, lo que convierte a la decisión misma en un acto susceptible de ser revisado jurisdiccionalmente de modo autónomo.

Por ello, al casar la Sentencia de instancia el Tribunal Supremo entra a resolver el recurso contencioso administrativo y, desestimando otras dos causas de inadmisibilidad opuestas por la Comunidad Autónoma demandada, decide la anulación del Acuerdo impugnado pues: (1) la autorización del proyecto de extracción ha supuesto una infracción de lo dispuesto en el Real Decreto 1997/95, de 7 de diciembre (por el que se transpuso al derecho interno la Directiva 1992/43/CEE, de 21 de mayo, sobre conservación de los hábitats naturales de la fauna y la flora silvestres) toda vez que las medidas adoptadas (adquisición y cesión de terrenos con un destino medioambiental, y reforestación de la zona) responden a la mera observancia de obligaciones establecidas en la legislación forestal no pudiendo ser calificadas como medidas compensatorias al objeto de entender cumplido el deber que, de la normativa medioambiental (estatal y comunitaria) y de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que menciona, se deriva; (2) no se dan las «razones imperiosas de interés público de primer orden» a que se refiere la citada Directiva, que pudieran justificar una resolución contraria a la evaluación de impacto negativa; y, finalmente, (3) en contra de lo exigido en la norma de transposición, no se ha elevado a la Comisión Europea la oportuna consulta previa, lo que —estando dicha consulta dirigida a garantizar, en el ámbito de la gestión medioambiental, la normativa comunitaria y la estatal fruto de la transposición— constituye un vicio sustancial que invalida el Acuerdo enjuiciado.

### *9.1.2. Decisión sobre la innecesariedad de Evaluación de Impacto Ambiental. No es acto de trámite*

La **STS, Sección Quinta, 13-3-2007 (RC 1717/2005)** resuelve la cuestión de si la decisión administrativa sobre la obligatoriedad o no de someter a evaluación de impacto ambiental un determinado proyecto se puede considerar como un acto de trámite, tal como hizo la Sala de instancia en el Auto que declaró inadmisibile el recurso contencioso administrativo interpuesto frente a una resolución de tal índole.

El Tribunal Supremo deduce que el acto impugnado en la instancia tiene plena autonomía e independencia pues, al resolver sobre la exigencia de ini-

ciar un procedimiento de evaluación de impacto ambiental —cuestión que no es en absoluto coincidente con la decisión material que en relación con ello se adopte—, se configura como uno de aquéllos que pueden o no determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento. Se integra, por tanto, dentro de las excepciones que contempla el art. 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, para autorizar la revisión jurisdiccional de determinados actos de trámite y ello determina que el recurso de casación deba ser estimado, ordenándose la remisión de las actuaciones a la Sala de instancia para que continúe la tramitación del recurso contencioso administrativo que inadmitió.

*9.1.3. Proceso especial de protección de derechos fundamentales. Ruidos excesivos. Declaración como zona acústicamente saturada. Infracción de los derechos a la vida privada, a la integridad física o moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio*

La STS, sec. 7.<sup>a</sup>, 12-03-2007, Rc 340/2003, estima sustancialmente el recuso de casación contra la Sentencia dictada por la Sala de Valencia en el procedimiento seguido por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, promovido contra la desestimación presunta, por silencio, del Ayuntamiento de Valencia, de la reclamación formulada en orden a la tramitación de expediente para la declaración de la zona de Valencia denominada Juan Llorens como zona acústicamente saturada (ZAS), previsto en el art. 30 de la Ordenanza Municipal de ruidos y vibraciones.

La Sala, tras resumir la doctrina recogida en la STC 119/2001 y en las sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup> del TS de 10 de abril y 29 de mayo de 2003, (FJ 4.º) advierte que el recurso contencioso-administrativo no se dirigía en este caso contra la actividad o pasividad de la Administración municipal frente a la denuncia de ruidos excesivos.

Aunque se conviene con la Sala de Instancia en que la determinación de si concurren o no los requisitos previstos en el art. 30 de la Ordenanza Municipal para la declaración de zona acústicamente saturada es una cuestión de legalidad ordinaria, el TS considera vulnerados en el supuesto enjuiciado los derechos a la vida privada, a la integridad física o moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (arts. 15, 18.1 y 18.2 de la Constitución), en los términos de la doctrina ya expuesta, y declara que su restablecimiento exige, precisamente, la incoación del procedimiento previsto en el art. 30 de la Ordenanza citada, ya



que la protección de tales derechos por el Ayuntamiento ha sido claramente insuficiente: se ha limitado a disponer unas medidas (cierre del tráfico y control de horario de locales) de cuya efectividad no hay constancia, y, en cambio, ha denegado sin justificación alguna, mediante el silencio, la petición de inicio del procedimiento para la declaración de ZAS, siendo así que tal reclamación venía respaldada por datos y mediciones que no han sido rebatidos y que justifican cuando menos la incoación de tal expediente. Concluye la Sala declarando que «la adecuada protección de los derechos fundamentales que invocan los recurrentes no exige que el Ayuntamiento adopte precisamente las medidas o iniciativas que éstos soliciten para combatir los ruidos excesivos; pero si los interesados reclaman que se inicie un procedimiento específicamente previsto en la normativa municipal —el expediente para la declaración de zona acústicamente saturada— y esa petición viene respaldada por datos y mediciones que, al menos en principio, indican la procedencia de tal iniciativa, la respuesta negativa del Ayuntamiento, mediante el silencio, sin ofrecer explicación alguna que justifique la denegación, debe considerarse vulneradora de aquellos derechos fundamentales» (FJ 5.º).

## 9.2. Urbanismo

### 9.2.1. *Clasificación del suelo: Suelo urbano. Inserción en malla urbana. Jurisprudencia*

La STS, Sección Quinta, 19-10-2006, RC 3040/2003, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la de instancia que desestimó la pretensión dirigida a la clasificación de unos determinados terrenos como suelo urbano al no haber quedado determinado que los mismos se encuentren insertos en la malla urbana.

En su Sentencia, el Alto Tribunal —sometido a los límites propios del recurso de casación— entra a examinar aquellos datos o elementos de convicción o juicio que llevaron al Juzgador «a quo» a resolver como lo hizo, al objeto de poder apreciar si se produjo o no la infracción de jurisprudencia en la que la parte recurrente funda su recurso.

El mayor interés de esta Sentencia de la Sala Tercera se encuentra, sin embargo, en la síntesis que contiene respecto a la jurisprudencia pronunciada en torno a la delimitación del concepto «inserción en la malla urbana». Así, tras la consignación de un numeroso conjunto de Senten-

cias en las que trata la cuestión también debatida en ésta, expone el Tribunal cómo la clasificación del suelo urbano exige no sólo que los terrenos estén dotados de acceso rodado, abastecimiento de aguas, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, sino que también es preciso que tales dotaciones no sean ocasionalmente existentes sino que proporcionen de modo efectivo los correspondientes servicios y que el suelo se inserte en la malla urbana, esto es, que exista una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro y saneamiento que den uso a unos terrenos que, por lo demás, no pueden estar completamente desligados del entramado urbanístico ya existente.

Expuesto lo anterior, recuerda la Sentencia con especial detenimiento que el de «inserción en la malla urbana» es un concepto jurídico indeterminado integrado, como le es propio, por un núcleo fijo o «zona de certeza», una zona intermedia, de incertidumbre, o «halo del concepto» y, finalmente, una «zona de certeza negativa». Por ello, la jurisprudencia pronunciada ha de responder a un absoluto casuismo que podría, en principio, adornarla con una aparente imprecisión. No obstante, sí deja claro que en ella el término «inserción» no es equivalente al de «inclusión». «Incluir — dice la Sala— es poner una cosa dentro de otra o dentro de sus límites, insertar es introducir una cosa en otra más o menos profundamente, hasta el punto de que cabe que la inserción no pase de la mera adhesión. El concepto de “inserción en la malla urbana” no exige, así, que el suelo en cuestión esté incluido en esta malla, hasta el punto de estar todo él rodeado por ella; ni exige, por tanto, que todo su perímetro esté rodeado por vías urbanas. Exige que en la urbanización básica de la que debe estar dotado no dejen de existir vías perimetrales, bien en todo, bien en una parte del perímetro, aunque en éste último caso la vía no será urbanísticamente significativa para aquel suelo si sólo contacta con él de modo puntual». La malla urbana finaliza «allí donde no ha llegado de modo ordenado el proceso urbanizador que transforme el suelo dándole el aspecto, la imagen, que es propia de los asentamientos urbanos». (FJ 6.º).

### 9.2.2. *Reclasificación de suelo no urbanizable de interés paisajístico en suelo urbanizable no programado: actividad reglada. Control por la Comunidad Autónoma*

La **STS, Sección Quinta, 25-10-2006, RC 3713/2003**, rechaza todos los motivos de casación esgrimidos frente a la Sentencia de ins-

tancia que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo de aprobación definitiva de la Revisión de un Plan General de Ordenación Urbana; revisión que, frente a la clasificación de suelo urbanizable no programado que la aprobación inicial y provisional le otorgaba a un determinado terreno —antes clasificado como suelo no urbanizable de interés paisajístico—, mantuvo, sin embargo, ésta última.

El Tribunal Supremo declara que en la aprobación definitiva de la Revisión no pudo adoptarse otra decisión que la de mantener la originaria clasificación del terreno. Y ello porque, una vez que en el planeamiento urbanístico se ha detectado la existencia de alguno o algunos de los valores a que se refería el art. 80.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 —y hoy el art. 9.2.º de la Ley 6/1998— (el valor paisajístico del terreno, en este caso), dando lugar entonces a su clasificación como suelo no urbanizable, ya no será posible modificarla sustituyéndola por otra que permita, desde ahora o en el futuro, incluir ese terreno en el desarrollo urbano, sin justificar previamente de modo razonado y suficiente que los valores que motivaron tal originaria clasificación, o bien realmente no existían en su momento, o bien no existen ahora o no pueden seguir siendo protegidos por causas que, desde una perspectiva jurídica, puedan y deban ser atendidas.

Señala el Alto Tribunal que, al clasificarse como no urbanizable un suelo en atención a la concurrencia en el mismo de determinados valores dignos de especial protección, la potestad de planeamiento se transforma pasando de tener una naturaleza discrecional a ser considerada como una potestad reglada que encuentra su fundamento no sólo en los preceptos legales antes mencionados sino en el propio art. 45 de la Constitución y en el principio de desarrollo sostenible. Por consiguiente, una reclasificación del suelo que no esté debida y suficientemente razonada deviene ilegal, lo que, con base en la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, permite a la Administración Autonómica ejercer todos los controles tendentes a evitar la vulneración de las exigencias derivadas de la observancia de dicho principio, sin que por ello se vulnere el de autonomía local al aprobar la Revisión del planeamiento conservando la clasificación originaria del suelo en cuestión como no urbanizable de especial protección, en este caso, paisajística.

9.2.3. *Interpretación y aplicación del ordenamiento urbanístico autonómico. Comunidad Valenciana: posibilidad de modificación del Plan General de Ordenación Urbana por Planes Parciales de Mejora. Significado y alcance de las DEUT. Los Programas de Actuación Integrada son instrumentos de gestión y ejecución del planeamiento*

La **STS, Sección Quinta, 29-11-2006, RC 1980/2003**, acoge los motivos de casación fundados en la infracción de las normas reguladoras de la Sentencia al entender que la de instancia incurre en la incongruencia omisiva denunciada en el recurso de casación interpuesto contra la misma.

El anterior pronunciamiento lleva a la Sala del Alto Tribunal, de conformidad con lo previsto en el art. 95.2 de la Ley Jurisdiccional, a tener que resolver lo que corresponda dentro de los términos en que el debate aparece planteado no sin antes recodar que, para dar cumplimiento a dicha obligación, deberá valorar pruebas que el Tribunal a quo dejó de lado y, por supuesto, aplicar normas de derecho autonómico. En relación con esta última consideración, expresa la Sala que, aunque las normas procesales impidan la admisión a trámite del recurso de casación cuando en él no se denuncia la infracción de una norma estatal o comunitaria europea y la única cuestión litigiosa versa sobre la interpretación y aplicación de derecho autonómico, lo cierto es que ello no es obstáculo para que, en su consideración —derivada de los arts. 123.1 y 152.1 de la Constitución— de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, el Tribunal Supremo pueda, ejerciendo su plena potestad jurisdiccional, interpretar y aplicar normas de derecho autonómico y dar así cumplimiento a la función que le encomienda el art. 1.6 del Código Civil.

Con tal base, la Sala Tercera examina la normativa contenida en la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística en la Comunidad Valenciana (norma ya derogada por la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana) y declara lo siguiente: (A) como ya dijo en dos Sentencias anteriores de 24-3-2004 y 4-10-2006, reitera ahora la consideración de instrumentos de gestión y ejecución del planeamiento, y no de ordenación, que define la naturaleza jurídica de los Programas de Actuación Integrada regulados en el ámbito de la mencionada Comunidad; y (B) la normativa urbanística autonómica permite que el planeamiento general pueda ser modificado a través de los deno-

minados Planes Parciales de Mejora, siempre que los mismos respeten las Directrices definitorias de la estrategia de evolución urbana y de ocupación del territorio (DEUT); Directrices cuya observancia sirve a la consecución del objetivo de lograr una mejora en la funcionalidad del Plan General para el bienestar de la población y una mayor adaptación de sus previsiones a circunstancias sobrevenidas o previsibles, respetando siempre, claro está, los principios rectores de la actividad urbanística y los criterios legales de calidad de la ordenación.

*9.2.4. Ordenamiento urbanístico de la Comunidad Valenciana: adjudicación de la condición de Agente Urbanizador a la proposición más ventajosa. Interpretación concordada de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística en la Comunidad Valenciana*

La **STS, Sección Quinta, 28-12-2006, RC 4245/2003**, casa la Sentencia de instancia que anuló el Acuerdo municipal de aprobación definitiva de un Programa de Actuación Integrada, adjudicando su ejecución al Agente Urbanizador que presentó la proposición económica más ventajosa. En dicha Sentencia, la Sala de instancia imputaba a la Entidad Local el haber procedido de modo arbitrario pues la propuesta jurídico-económica de la empresa excluida era viable económicamente y más beneficiosa que la elegida, al contemplarse en ella una mejor oferta en los costes de urbanización y un menor coste de ejecución.

El Tribunal Supremo aprecia, sin embargo, que la decisión municipal fue totalmente objetiva pues contempló de modo concordado los criterios establecidos en el art. 47.2 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística en la Comunidad Valenciana —preceptos rectores del concurso— con lo establecido en los arts. 87 y 89.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas —en relación con la adjudicación de la ejecución del Programa de Actuación Integrada—. El Ayuntamiento eligió la proposición que contenía un mayor rigor en el compromiso de ejecución al tiempo que asumía un beneficio empresarial más proporcionado y ofrecía mayores garantías de cumplimiento. El Tribunal Supremo entiende que todos los mencionados son criterios de aplicación preferente al del menor precio, un criterio éste que, frente al de la oferta más ventajosa para el interés público, aparece además como el último de los señala-

dos en el art. 47.2 del mencionado texto legal autonómico y cuya aplicación determina la corrección de la actuación municipal que, desestimado por el Alto Tribunal el recurso contencioso administrativo seguido en la instancia, resulta confirmada por ser plenamente ajustada a derecho.

*9.2.5. Ordenamiento urbanístico de la Comunidad Valenciana: aplicabilidad de las prohibiciones para contratar que establece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a la adjudicación de la proposición más ventajosa al Agente Urbanizador*

La **STS, Sección Quinta, 27-3-2007, RC 6007/2003**, declara no haber lugar a casar la Sentencia que aplicó al Agente Urbanizador el régimen de incompatibilidades establecido en el art. 20 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

El Alto Tribunal aplica el precepto citado de modo concordado con el art. 12 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana y funda su decisión en el razonamiento siguiente: en consonancia con lo dispuesto en el art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución —que atribuye el carácter de básica a la legislación sobre contratos administrativos—, se pronuncia la Disposición final primera de la Ley 13/1995, de 18 de mayo (recogida en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la anterior) al atribuir ese mismo carácter al art. 20.e) de aplicación al caso debatido, esto es, a la prohibición que, para contratar con la Administración, tienen la persona física o los administradores de la persona jurídica que se hallen incurso en alguno de los supuestos regulados en la ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas; norma que, a su vez, prohíbe al personal comprendido en su ámbito de aplicación la pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de empresas o entidades privadas cuando su actividad esté relacionada directamente con las que gestione el Departamento, Organismo o Entidad en la que dicho personal preste servicios.

Por ello, al ser el Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento que adjudicó el Programa de Actuación Integrada el Administrador único de la empresa adjudicataria, se está en el caso de la prohibición regulada por el art. 20.e) antes citado. Y ello porque, pese a los rasgos singulares que

caracterizan la figura del Agente Urbanizador, lo cierto es que los mismos no le eximen de la sujeción al régimen de prohibiciones legales establecidas para la contratación pública, basadas en la evitación de los riesgos derivados de la falta de objetividad en los procedimientos que han de servir tan sólo a intereses generales.

Declara finalmente el Tribunal Supremo que las relaciones derivadas de la adjudicación de los Programas de Actuación Integrada «se rigen por las normas rectoras básicas de la contratación administrativa en cuanto a las prohibiciones para contratar, sin que precepto alguno de la indicada ley urbanística autonómica sea opuesto a ellas o incompatible con esas reglas estatales básicas». (FJ 4.º)

*9.2.6. Ordenamiento urbanístico de la Comunidad Valenciana: reclasificación de suelo urbano como urbanizable, teniendo los requisitos propios del suelo urbano. Interpretación concordada de la Ley estatal 6/1998 y de la Ley valenciana 6/1994*

La STS, Sección Quinta, 4-1-2007, RC 4839/2003, realiza concordadamente una interpretación de preceptos de la norma legal reguladora de la actividad urbanística en la Comunidad Valenciana con la norma estatal básica; interpretación que resulta a su juicio necesaria dada la ambigüedad o falta de claridad con las que se pronuncian los arts. 6 y 9 de la Ley Valenciana 6/1994 al definir los regímenes de las Actuaciones Aisladas y de las Actuaciones Integradas, así como el significado de los conceptos suelo urbano y solar.

Comienza el Alto Tribunal adelantando de modo tajante que la Ley autonómica no permite la transformación del suelo urbano en urbanizable pues aquél es tal por reunir las condiciones o requisitos recogidos en el art. 8 de la Ley 6/1998. Por el contrario, lo que el art. 6.6 la Ley Valenciana 6/1994 autoriza es que, cuando el terreno decaiga de su condición de solar por obsolescencia o por inadecuación de su urbanización, pueda someterse, si es preceptivo o conveniente, al régimen de Actuación integrada o bien al de Actuación Aislada, si a ello no se opone el art. 6.3 y fuera así más oportuno a fin de realizar obras de reforma interior, mejora o saneamiento.

Lo anterior resulta de la consideración del art. 8 de la Ley 6/1998 de 13 de abril, que al definir el suelo urbano lo identifica con aquél que

cuenta, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica. Por otro lado, el Alto Tribunal recuerda la existencia de una serie de limitaciones (prohibición de edificar hasta que la parcela reuniera la condición de solar, salvo que se asegurase la ejecución simultánea de la urbanización y edificación) y deberes (ceder terrenos, costear la urbanización, edificar dentro de un determinado plazo y equidistribuir los beneficios y cargas) que para los propietarios del suelo urbano contemplaba el art. 73 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976; deberes que fueron ampliados (en relación con la obligación de ceder gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales) por la Ley 6/1998, de 13 de abril, con la condición de que el suelo urbano careciera de urbanización consolidada ya que, en tal caso, el deber de los propietarios se veía reducido a costear la urbanización necesaria para que los terrenos alcanzasen la condición de solar —en el caso de que aún no la tuviera— y a edificarlos si se encontrasen en un ámbito en el que así se hubiere previsto por el planeamiento.

De todo lo anterior, el Tribunal Supremo deduce que la Ley Estatal básica posibilita la existencia de un suelo urbano que carezca de urbanización consolidada sin que ello implique la pérdida de su condición ni se permita su reclasificación como urbanizable; actuación que, habiéndose llevado a cabo por la Administración competente y confirmado por la Sala de instancia, ha de ser considerada no conforme a derecho tal como pronuncia el Alto Tribunal al declarar haber lugar al recurso de casación.

*9.2.7. Plan Parcial: No existe obligación para los propietarios de un determinado ámbito de hacer frente a los costes de urbanización de los sistemas generales. Voto Particular*

La STS, Sección Quinta, 5-3-2007, RC 5813/2004, desestima varios motivos de casación pero acoge el relativo a la infracción del art. 18 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones en la medida en que entiende que dicha infracción se produjo en efecto cuando la Sala de instancia interpretó el mencionado precepto como fundamento de la obligación de los propietarios de un sector de costear la urbanización de los sistemas generales que, incluidos en dicho ámbito, están destinados a servir a la colectividad del municipio. Tal pronunciamiento del Tribunal a quo se



basó en que, de un lado, la Ley impone la obligación de urbanizar sin distinguir entre sistemas locales y generales, y, de otro, en que de la filosofía del texto legal de aplicación se deriva la obligación de que la urbanización sea entregada de modo completo y no parcial a la Administración.

El Tribunal Supremo considera, por el contrario, que el art. 18 no admite una interpretación tal pues ni de la Ley 6/1998 se deriva un propósito tan ilimitado como el que propugna la Sala de instancia, ni tampoco es admisible la falta de distinción en el régimen que deba ser aplicable a los sistemas locales y a los generales ya que dicha distinción —dice— sólo sería relevante si el concepto jurídico-urbanístico de «obras de urbanización» (...) tuviera en sí mismo un sentido tan amplio que obligara a hacer la distinción que la Sala de instancia echa en falta. En el ordenamiento urbanístico, dicho concepto alude tan sólo a aquellas obras cuya finalidad es hacer que un terreno esté dotado de los servicios e infraestructuras precisos para alcanzar la condición de solar, condición cuya adquisición no está subordinada a la urbanización y ejecución de aquello en lo que consisten los sistemas generales, esto es, los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio.

Junto a ello, la Sala expone otras tres razones por las que rechaza la interpretación contenida en la Sentencia impugnada, razones que, brevemente expuestas, se resumen en lo siguiente: (1) La Ley 6/1998 proclama entre sus objetivos prioritarios el de evitar el encarecimiento del producto final de la edificación, lo que hace incoherente considerar que la misma Ley permite el incremento de los deberes de urbanización incluyendo la realización de las obras destinadas a la ejecución de los sistemas generales. (2) La competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, que permite al Estado incidir en la que, en materia de urbanismo, se atribuye con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas, requeriría una proclamación más patente del deber de costear la urbanización de los sistemas generales, habida cuenta del riesgo —al menos potencial— que se produciría de quebrantar la garantía de igualdad perseguida a través del principio de equidistribución de beneficios y cargas. Y, finalmente, (3) si el sentido constante del ordenamiento jurídico ha sido contrario a la obligación de costear los sistemas generales, para la Sala es claro que una modificación legal en dirección opuesta habría sido consagrada con más nitidez y de modo expreso.

En conclusión afirma el Alto Tribunal que la Ley 6/1998 «no impone como condición básica del ejercicio del derecho de propiedad la de que tales propietarios [de suelo urbanizable] hayan de costear o ejecutar la urbanización de los sistemas generales más allá de aquello a lo que expresamente se refiere el número 3 de su art. 18, esto es: mas allá de «costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación y, en su caso, las obras necesarias para la ampliación o refuerzo de dichos sistemas requeridos por la dimensión y densidad de la misma y las intensidades de uso que ésta genere». (FJ 16.º)

*9.2.8. Comunidad Autónoma de Canarias. Decreto por el que se acuerda la formulación de las Directrices de la Ordenación del Turismo de Canarias: Es una disposición de carácter general. Nulidad por ausencia de procedimiento*

La **STS, Sección Quinta, 4-5-2007, RC 7450/2003**, desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia que declaró la nulidad del Decreto del Gobierno de Canarias 4/2001, de 12 de enero, por el que se acuerda la formulación de las Directrices de Ordenación General y del Turismo de dicha Comunidad Autónoma.

La Sala de instancia pronunció su fallo basándose en la omisión por parte de la Administración Autonómica del procedimiento legalmente previsto para la elaboración y aprobación de las disposiciones de carácter general, naturaleza que la representación procesal de la Comunidad Autónoma rechazó en casación para el Decreto enjuiciado sosteniendo, por ello, la falta de corrección jurídica de la Sentencia y solicitando que la misma fuera casada.

La Sala Tercera entiende, sin embargo, que la de disposición general sí es una condición que alcanza al Decreto en cuestión al poseer un contenido que permite calificarlo como tal pues, no sólo acuerda la formulación de las Directrices a que el mismo hace referencia sino que además: 1) establece la finalidad y objetivo global de las mismas incluyendo entre estas Directrices la adopción de las medidas precisas para garantizar el desarrollo sostenible y equilibrado de las islas, prestando especial atención al desarrollo turístico en su territorio; 2) ordena el «objeto» que las Directrices han de tener o tendrán; 3) determina criterios básicos para su elaboración a la vez que aporta un contenido que

servirá para la interpretación y aplicación de las que se formulen; d) regula el procedimiento a seguir para su elaboración y aprobación, determinando con ello que su inobservancia pueda ser invocada por disentir de las Directrices mismas; y 5) impone una medida cautelar de suspensión temporal de la tramitación y aprobación de los Planes Territoriales Parciales, de las modificaciones y revisiones parciales de los instrumentos de planeamiento general y de los planes y normas de Espacios Naturales Protegidos así como de los planes parciales, de las revisiones y modificaciones de proyectos de urbanización y, finalmente, del otorgamiento de licencias, desplegando, pues, las Directrices sus efectos sobre todos ellos así como sobre los actos de aplicación singular de los correspondientes instrumentos de planeamiento.

Con base en lo anterior, señala el Alto Tribunal, desde la perspectiva del derecho estatal, el Decreto ha de considerarse una disposición general; ello determina que, al haberse aprobado sin respetar el procedimiento legalmente establecido para la elaboración de este tipo de disposiciones, el Tribunal Supremo deba desestimar el recurso de casación y confirmar, en consecuencia, la Sentencia de instancia que declaró la nulidad del Decreto autonómico impugnado.

## II. TRIBUTARIO

### 1. Tributos

#### *1.1. Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Incidencia, sobre las liquidaciones giradas por el Ayuntamiento, de la previa anulación de la Ponencia de Valores*

La STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 31-10-2006, RCIL 41/2005, dictada en un recurso de casación en interés de la Ley, declara que la Administración Municipal ha de estar y pasar por cualquier fallo firme que se produzca en la fase de gestión catastral, como es el relativo a la anulación de la Ponencia de Valores, debiendo llevarlo a su más debido y puro efecto, independientemente de que las liquidaciones se hubieran girado a los contribuyentes que reclamaron contra la Ponencia pero no contra los actos posteriores de asignación individualizada de los valores resultantes. Declara dicha Sentencia lo siguiente: «Es cierto que dentro del procedimiento tributario encaminado a la liquidación del Impuesto sobre Bienes

Inmuebles existen dos categorías de actos que aunque funcionalmente conducen sólo a la realización de aquélla tienen sustantividad propia dentro del citado procedimiento, en cuanto que sus determinaciones han de ser impugnadas independientemente por el administrado y ante órganos diferentes. Tales actos son los que podemos llamar de gestión catastral, por un lado, que comprende la elaboración de la ponencia de valores, la asignación y notificación individual de los valores catastrales y la revisión, modificación y actualización de los mismos, cuya competencia resolutoria corresponde a la Administración del Estado (El Catastro, los Tribunales Económicos-Administrativos y los Contencioso-Administrativos) y, por otro, los de gestión tributaria, que afectan a la liquidación del impuesto, concesión y denegación de exenciones y bonificaciones, cuya competencia corresponde a la Administración Municipal.

Ahora bien, no lo es menos que ante un fallo firme en la fase de gestión catastral en relación a la elaboración de la Ponencia, la Administración Municipal ha de estar y pasar por la correspondiente declaración, llevándola sin más a su puro y debido efecto, en cuanto a los recurrentes afectados, al no existir ninguna necesidad de impugnar simultáneamente la asignación de los valores catastrales, por haberse recurrido el acuerdo de la aprobación de la ponencia de que traen causa, y extenderse los efectos estimatorios de esta última impugnación a todos los actos posteriores». (FJ 7.º).

## ***1.2. Canon de superficie de minas. Modificación de la cuantía del canon, por medio de las Leyes de Presupuestos***

La STS, Sec. 2.ª, 23-01-2007, RCIL 42/2005, dictada en recurso de casación en interés de la Ley, declara como doctrina legal que «a partir de la entrada en vigor de la Disposición Final Segunda de la Ley 25/1998, de 13 de julio, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado podían modificar la cuantía del canon de superficie de minas» pues, como declara la Sala en dicha Sentencia «entendemos necesario pronunciarlos de modo positivo a la vista del contenido de la Disposición Final Segunda de la Ley 25/98 de 13 de Julio que establece: “Las Leyes de Presupuestos Generales del Estado podrán modificar la cuantía de las tasas incluidas en esta Ley”. Desde la fecha de entrada en vigor del texto legal citado no ofrece dudas la bondad de la doctrina solicitada por el Abogado del Estado. De este modo la discusión acerca de si las Leyes

de Presupuestos podían modificar el canon cuestionado perdió sentido después de la entrada en vigor de la Ley mencionada, que, expresamente, contemplaba la citada posibilidad». (FJ 2.º).

## 2. Impugnaciones de Disposiciones de carácter general

### 2.1. *Decreto 29/2000 de 20 de enero por el que se aprueba el Reglamento sobre Contaminación Atmosférica de la Comunidad Autónoma de Galicia*

La importante STS, Sec. 2.ª, 13-03-2007, RC 6897/2001, desestima definitivamente el recurso formulado por Endesa Generación, SA y Unión Fenosa Generación, SA, contra el Decreto 29/2000, de 20 de enero, dictado por la Consellería de Economía y Hacienda de la Xunta de Galicia, por el que se aprobó el Impuesto sobre Contaminación Atmosférica, determinando la validez de dicho Decreto sobre la base de cuatro declaraciones: la ausencia de doble imposición en relación con los Impuestos de Actividades Económicas y de Sociedades, la ausencia de trato discriminatorio, la ausencia de vulneración de las competencias estatales incluidas en el art. 149.1.25 de la Constitución Española y la ausencia de vulneración del principio de legalidad. Declara dicha Sentencia que «la tesis de las entidades recurrentes al identificar actividad de “emisión de sustancias contaminantes” y “la actividad económica” generadora de energía eléctrica ignora que una y otra no están indisolublemente unidas. Contrariamente, la misma actividad económica es susceptible de producir distinta contaminación, tanto, en términos cuantitativos como cualitativos, e incluso pueda haber actividad económica de producción eléctrica sin generación de contaminación, lo que demuestra que ni los hechos imposables, ni la materia gravada coinciden en el impuesto sobre contaminación atmosférica, de un lado, y los Impuestos de Sociedades y Actividades económicas, de otro... (FJ 4.º).

...parece evidente que el principio de generalidad juega de modo más selectivo en los tributos de naturaleza extrafiscal, dirigidos contra una actividad que se entiende debe ser disuadida lo que inevitablemente comporta que sólo se dirija a quienes actúen en ese ámbito de la realidad del que se pretende “disuadir”.

El hecho de que la tarifa comience a partir de la emisión de 1001 Toneladas/año no puede considerarse en sí mismo discriminatorio, y

carente de justificación, pues ese límite pretende incentivar las conductas reductoras de la contaminación, lo que desde una perspectiva abstracta explica el límite antedicho y excluye la alegada discriminación de la tarifa por el establecimiento del impuesto en la forma que los textos legales impugnados regulan... (FJ 5.º).

...en lo referente a la presunta vulneración por las normas impugnadas de las competencias estatales contempladas en el art. 149.1 25 de la Constitución en conexión con lo dispuesto en la Ley 54/97 de 27 de Noviembre del Sector Eléctrico, tampoco es apreciable la inconstitucionalidad alegada. Y ello porque el impuesto discutido no grava la actividad de producción eléctrica, sino la eventual actividad contaminante de compañías eléctricas, lo que es cosa bien distinta... (FJ 6.º).

...Por lo que hace a la imputación infractora del principio de legalidad, contenido en el art. 10.2 de la Ley 12/95, de 29 de Diciembre, al establecer: “Mediante decreto, la Xunta determinará los supuestos en que sea de aplicación el régimen de estimación objetiva, los índices o módulos a utilizar en cada caso así como su valoración”, ha de afirmarse: En primer término, que pese a que la ley habla de estimación objetiva, a la vista del contenido de los arts. octavo y noveno del Decreto más bien puede hablarse de un modo principal de estimación directa— determinación de la base imponible regulado en el art. octavo; y, en segundo término, otro modo supletorio, también de estimación directa establecido en el art. noveno, pues la diferencia entre uno y otro método parece radicar más que en el modo de medición de la base imponible en los aparatos medidores. En segundo lugar, la laxitud con que el Tribunal Constitucional viene interpretando este parámetro referente a la determinación de las bases imponibles y su fijación veda la obtención de la grave conclusión que las entidades recurrentes preconizan. En definitiva, la Sala considera que se está en presencia de una deficiencia técnica del texto legal, pero carente de la relevancia constitucional que se le atribuye». (FJ 7.º).

## ***2.2. Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa de alcantarillado y depuración de vertidos de la mancomunidad de Aguas «Costa de Huelva»***

La Sala, en la STS, Sec. 2.ª, 27-06-2006, RC 3124/2001, efectúa dos importantes pronunciamientos; el primero, relativo a la legitimación de una Unión Provincial de Empresarios de la Construcción, para recurrir

una Ordenanza Fiscal Reguladora de una Tasa de Alcantarillado, porque la misma se refería a diversos usos no domésticos del agua, alguno de ellos relacionado con la actividad de la construcción, quedando afectados por dicha Ordenanza los intereses cooperativos de los empresarios de la Construcción. Dice dicha Sentencia que «precisamente, por referirse la Ordenanza a diversos usos, alguno de ellos relacionados con la actividad de la construcción, resulta patente que los intereses corporativos de los empresarios de la construcción quedaban afectados por el acuerdo impugnado, todo lo cual determinaba la legitimación activa de la Asociación, en cuanto ostentaba un interés legítimo en defensa de los asociados, pues el art. 32 de la Ley de 1956, como ahora el art. 19.1b) de la vigente Ley Jurisdiccional, solo constituía una especificación del criterio general de la legitimación. No cabe sostener, pues, que la Ordenanza impugnada sea ajena a los asociados de la entidad, en cuanto que en el desarrollo de sus actividades, la construcción, podían verse implicados por la aplicación de la misma, no siendo cierto que en este caso la Asociación esté defendiendo intereses privados de los asociados sino de intereses colectivos que afectan al sector de la construcción». (FJ 4.º).

El segundo, y no menos importante pronunciamiento, viene referido al procedimiento de aprobación de la Ordenanza Fiscal, y en concreto al incumplimiento de la normativa referida al plazo de exposición al público de dicha Ordenanza, y a las consecuencias de dicho incumplimiento. Declara la Sentencia que «el art. 17.1 de la Ley de 1988 exigía que los acuerdos provisionales adoptados por las Corporaciones Locales sobre aprobación y modificación de las Ordenanzas Fiscales permanecieran expuestos en el tablón de anuncios de la entidad durante el plazo de treinta días como mínimo, aludiendo el apartado segundo a otras dos modalidades de publicidad de los anuncios de exposición en el respectivo Boletín Oficial de la Provincia y en un periódico diario, en Ayuntamientos de población superior a 10.000 habitantes, sin fijar plazo concreto.

Teniendo en cuenta que las tres modalidades de anuncio se configuran como garantía de la efectividad del principio de seguridad jurídica del contribuyente, parece lógico exigir que las tres han de cumplir su finalidad, razón por la cual ha de entenderse que el plazo de exposición al público debió comenzar a computarse a partir de la fecha en que tuvo lugar el último de los anuncios.

Esta Sala así se viene pronunciando, sentencias, entre otras, de 21 de Febrero de 2005, rec. de casación 1043/2000, por citar una de las más

recientes, en la que se declara que si no coinciden las fechas de publicación el plazo ha de computarse desde la fecha de la última de las publicaciones obligatorias.

Si todo ello es así, no cabe duda de que la Administración, en este caso, incumplió la normativa establecida, al haberse limitado la publicación en los periódicos de la Provincia a los últimos ocho días del mes de Diciembre de 1996, aunque el acuerdo provisional sí fue expuesto en el tablón de la entidad durante los treinta días preceptivos, habiendo publicado también en el Boletín de la Provincia con la suficiente antelación.

Ante esta realidad procede determinar las consecuencias de la infracción, pues frente al criterio de la Sala de instancia que estima que tiene carácter invalidante, al haberse limitado sensiblemente las posibilidades de participación de los ciudadanos afectados por la Ordenanza, que es una disposición general, la parte recurrente entiende que todo ello no puede llevar consigo una consecuencia tan grave como la anulación íntegra de la Ordenanza, al no haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y no existir indefensión en este caso, pues la Asociación que recurrió tuvo conocimiento del contenido de la Ordenanza durante el periodo de exposición pública, al haber formulado su Secretario General la oportuna reclamación. También resalta que el carácter no invalidante de una hipotética infracción de los requisitos de publicidad queda igualmente refrendado por la posibilidad de impugnación indirecta de la Ordenanza que tienen los sujetos pasivos con ocasión de los actos de aplicación de la misma.

No procede compartir la defensa que realiza la Administración recurrente, pues el vicio procedimental denunciado es motivo de nulidad de pleno derecho, por aplicación del art. 62.2 de la Ley 30/1992. Así lo reconoció esta Sala, en sus sentencias de 11 de Junio de 2001 y 2 de Marzo de 2002, rec. de casación 2810 y 8765/1996, y ello es lógico si se tiene en cuenta que el periodo de información pública representa el trámite de audiencia, considerado esencial en la formación de la voluntad de los órganos de la Administración en este tipo de procedimientos, según pone de relieve el art. 105. a) de la Constitución.

Por lo tanto, la circunstancia de que la Patronal hubiese presentado un escrito de alegaciones con anterioridad a la aprobación definitiva del acuerdo, y antes de la publicación del anuncio en los periódicos, no determina otra conclusión, toda vez que no nos encontramos ante una



impugnación de un acto administrativo, sino ante un recurso directo contra una Ordenanza». (FJ 5.º).

### ***2.3. Ordenanzas Fiscales y de Precios Públicos para el municipio de Barcelona, de 1997***

La STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 21-03-2007, RC 495/2002, anula el art. 127.4 de dicha Ordenanza Fiscal, el cual disponía que «no se devolverá el interés legal en los supuestos de recibos ingresados por duplicado» por entender que el mismo es contrario al art. 155 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, según redacción dada a ese precepto por la Ley 10/1985 de 26 de abril. En concreto argumenta la Sentencia que «Así las cosas, resulta preciso señalar que en el momento de producción de los hechos, el art. 155 de la Ley General Tributaria, según la redacción que le diera la Ley 10/1985, de 26 de abril, disponía: «1. Los sujetos pasivos o responsables y sus herederos o causahabientes tendrán derecho a la devolución de los ingresos que indebidamente hubieran realizado en el Tesoro con ocasión del pago de las deudas tributarias, aplicándose el interés legal. 2. Por vía reglamentaria se regulará el procedimiento que debe seguirse, según los distintos casos de ingresos indebidos, para el reconocimiento del derecho a la devolución y la forma de su realización, que podrá hacerse, según preceptúa el art. 68 de esta Ley, mediante compensación».

Hasta la reforma indicada, el art. 155 de la Ley no establecía la exigencia de aplicación del «interés legal», de tal forma que solo fue posible la medida resarcitoria de abono del mismo, en los casos de errores de hecho o de derecho en que pudiera haber incurrido la Administración Tributaria al gestionar, comprobar y liquidar los tributos, y ello, a partir de la vigencia de la Base Tercera, letra b) de la Ley 39/1980, de 5 julio de Bases sobre Procedimiento Económico-Administrativo y luego de los arts. 36 del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 diciembre y 115. 4 del Reglamento de Procedimiento para las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por Real Decreto 1999/1981, de 20 agosto, los cuales dispusieron que, si como consecuencia de la estimación de la reclamación interpuesta, hubiese que devolver cantidades ingresadas, el interesado tendría derecho al interés de demora desde la fecha del ingreso, en la cuantía establecida en el entonces art. 36.2 de la Ley General Presupuestaria.

Sin embargo, como consecuencia de la antes dicha modificación del art. 155 de la Ley General Tributaria, por Ley 10/1985, de 26 de abril, incor-

porando al art. 155, apartado 1, la frase «...aplicándose el interés legal», la medida resarcitoria alcanzó carácter general para todos los ingresos indebidos, lo fueran por culpa de la Administración Pública o por la de los contribuyentes, bien en la fase de pago o «solutio» o por duplicidad de pago.

Y como consecuencia de la reforma legal expresada, el Real Decreto 1163/1990, de 21 septiembre, reguló el procedimiento para la realización de las devoluciones de ingresos indebidos de naturaleza tributaria, en los casos de duplicidad de pago, ingreso de cantidades superiores a los importes de deudas liquidadas por la Administración o autoliquidadas por el propio obligado tributario, pagos después de la prescripción para la exigencia del tributo y rectificaciones de errores materiales, de hecho o aritmético (art. 7). Y es el art. 2 del Real Decreto citado, que al regular en su art. 2.º, el denominado «Contenido del derecho a la devolución», dispone: «2. También forma parte de la cantidad a devolver:... b) El interés legal aplicado a las cantidades indebidamente ingresadas, por el tiempo transcurrido desde la fecha de su ingreso en el Tesoro hasta la de la propuesta de pago. El tipo de interés legal aplicable será el vigente el día en que se efectuó el ingreso indebido».

Es llano, por tanto, que el art. 127.4 de la Ordenanza Fiscal General, para el ejercicio de 1997, infringe el art. 155 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, según redacción de la Ley 10/1985, de 26 de abril y, en consecuencia, procede casar la sentencia. (FJ 4.º).

### 3. Proceso contencioso-administrativo en materia tributaria

#### 3.1. *Objeto del recurso de casación en interés de la ley regulado en el art. 100 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

La Sala, en la STS, Sec. 2.ª, 23-01-2007, RCIL 11/2006, estudia el régimen jurídico del recurso de casación en interés de ley regulado en el art. 100 de la LJCA 29/1998 de 13 de julio, llegando a la conclusión de que dentro del objeto de dicho recurso, no se halla la Ley Autonómica, dictada en materia de tributos cedidos. Declara la mencionada Sentencia que «del régimen legal anteriormente expuesto cabe destacar, por consiguiente, que en armonía con lo que declaran otros preceptos de la Ley Jurisdiccional, como el art. 86.4 y el art. 89.2, la interpretación de las normas autonómicas y su aplicación al caso es competencia exclusiva del Tribunal Superior de Justicia, pues el recurso de casación, en cual-

quiera de sus modalidades, como medio de control al servicio de la unidad en la aplicación del ordenamiento estatal, no alcanza a los ordenamientos autonómicos, respecto de los cuales los Tribunales Superiores de Justicia son el supremo Juez, como se infiere del art. 86.4 de la Ley Jurisdiccional. Por tanto, la «ratio» de esta norma es reservar a los Tribunales Superiores de Justicia la función de dar unidad a la aplicación del derecho autonómico, por lo que resulta evidente que lo decisivo es la normativa que se aplica en la sentencia con relevancia para el fallo.

De ahí resulta que el recurso de casación en interés de la ley regulado en el art. 100 de la Ley Jurisdiccional, para cuya resolución es competente este Tribunal, está reservado a los supuestos en los que la doctrina legal que se postule tenga por objeto la interpretación y aplicación de normas emanadas del Estado, lo que no ha sucedido en el presente caso, ya que aunque en el suplico del escrito de interposición del recurso se interesa que se establezca como doctrina legal «que el art. 14 de la Ley General Tributaria debe interpretarse en el sentido de que impide extender a los documentos de protocolización de préstamos hipotecarios el beneficio fiscal previsto en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados para los documentos notariales en que se protocolice la adquisición de viviendas», la sentencia recurrida interpreta el art. 5 de la Ley de Cantabria 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales en materia de tributos cedidos por el Estado, no pudiendo servir de excusa para eludir la aplicación de los requisitos establecidos la mera alegación de un precepto estatal, con carácter instrumental, pues cuando la Ley de la Jurisdicción se refiere en los art. 100 y 101 a «normas que hayan sido determinantes del fallo recurrido», alude, sin duda, a la norma sobre la que se basa el pronunciamiento jurisdiccional, que en este caso es el art. 5 de la Ley regional, y no el art. 14 de la Ley General Tributaria. (FJ 3.º).

***3.2. Utilización del cauce procedimental del «pleito testigo», regulado en el art. 37.2 de la LJCA, para la extensión de efectos de la sentencia 854/2000, de 17 de julio, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictada en materia de repercusión del IVA sobre el premio de cobranza retenido, como gestora, por una Sala de Bingo***

La STS, Sec. 2.<sup>a</sup>, 15-01-2007, RC 6262/2003, resuelve positivamente la cuestión de la aplicación del llamado pleito testigo a este con-

creto supuesto, a pesar de que la Sentencia cuyos efectos se pretenden extender, es una Sentencia de mera anulación de un acto tributario. Y lo hace con la siguiente argumentación: «la previsión del citado art. 37.2 LJCA constituye, en realidad, un sistema alternativo a la acumulación de autos, sucesiva por reunión de procesos, de gran raigambre en nuestro ordenamiento jurídico y regulada tanto en el mismo capítulo de la LJCA en que aquel precepto se integra (Capítulo III del Título III) como, de manera supletoria (Disposición Final Primera LJCA) por los art. 74 a 98 (Capítulo II, Título III, Libro I) de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El efecto propio de dicha acumulación, en lo que al presente recurso importa, es seguir en un sólo procedimiento dos o más procesos cuyos objetos son idénticos y que se resuelven por una misma sentencia. Y, precisamente, para evitar los inconvenientes y complejidades que puede presentar dicho tratamiento conjunto de pretensiones iguales y abordar la masificación procesal característica del actual recurso contencioso-administrativo, introduce la LJCA de 1998, en el capítulo dedicado a la acumulación, un instrumento procesal alternativo.

Al servicio de dichas finalidades, la ley permite al Juez o Tribunal, ante el que pende una pluralidad de recursos con idéntico objeto, en lugar de acumularlos, elegir uno o varios «procesos testigos» (Leader case) para tramitarlos con carácter preferente, suspendiendo el curso de los demás hasta que dicte sentencia en aquél o aquellos. Y, una vez que se produzca dicha sentencia, se notifica a las partes de los procesos suspendidos, para que, a la vista del sentido del fallo y de sus fundamentos jurídicos se pudiera, en la redacción originaria de la Ley anterior a la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre: pedir la extensión de sus efectos, solicitar la continuación del procedimiento o el desistimiento.

El precepto, para que sea posible la elección del proceso o procesos de tramitación preferente, establece determinados requisitos, como el de la competencia, atribuida al órgano jurisdiccional que estuviere conocimiento de una pluralidad de recursos, el trámite de audiencia a las partes por plazo común de cinco días, y, sobre todo, la exigencia de identidad de objetos, lo que supone identidad de pretensiones, por igual causa petendi, formuladas contra la misma o distintas, pero iguales, disposiciones, actos o actuaciones administrativas, formuladas por distintas personas en procesos diferentes.

Ahora bien, la remisión que el art. 37.2 LJCA hace al art. 111, y éste a los apartados 3,4 y 5 del art. 110 LJCA, es de carácter parcial a los efectos de integrar los trámites procedimentales y determinar el conteni-

do de la decisión posible del incidente, según el limitado control que le corresponde. Estos es, se trata de completar la previsión del mecanismo alternativo a la acumulación de autos mediante la aplicación del procedimiento previsto en dichos apartados para la extensión de la sentencia, sin que ello suponga alterar la verdadera naturaleza de la institución. A ella, sin duda, es aplicable la exigencia de que los procesos se encuentren en la misma instancia y pendientes ante un mismo Juez o Tribunal, pero no cabe cuestionar la posibilidad de adoptar una decisión declarativa en la resolución que ponga término al incidente. Por el contrario, forma parte de su naturaleza el que, en el supuesto de ser estimatorio, el auto adopte los pronunciamientos necesarios para hacer efectiva la proyección de los efectos de la sentencia dictada en el procedimiento o procedimientos testigos seguidos a los demás que quedaron suspendidos, como es, desde luego, la reproducción del fallo anulatorio con respecto a los diferentes actos en ellos contemplados.

Abunda en la misma línea argumental la reforma introducida en el reiterado art. 37.2 por la Disposición Adicional 14.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, según la cual, después de notificada la sentencia recaída en el proceso o procesos testigos, sólo cabe la extensión de efectos o el desistimiento del recurso; de manera que de no hacerse así, se ha de llevar testimonio a los recursos suspendidos, sin admitir la petición de la continuación de aquellos, como en este caso había interesado, en su momento, el Abogado del Estado.

Por otra parte, es cierto que el art. 110 se refiere a la extensión de efectos de las sentencias firmes que reconocen situaciones jurídicas individualizadas en favor de una o varias personas, pero ello tiene su justificación en que las sentencias que anulan una disposición o un acto (las anulatorias) producen directamente efectos para todas las personas afectadas (art. 72 LJCA), sin necesidad, por tanto, de ulterior extensión.

En la previsión del art. 37.2 de la LJCA, por el contrario, no resulta justificada dicha diferencia porque, como la acumulación de autos de la que es alternativa, es aplicable también a procesos en los que la pretensión es de mera anulación, cuando los actos impugnados son distintos, siempre que, como se ha dicho, la pretensión y la causa petendi sean las mismas. Por tanto, si la sentencia en el proceso testigo anula el acto objeto de su pretensión, la extensión de efectos de aquella comportará necesariamente la anulación de los actos impugnados en los procesos suspendidos. O, dicho en otros términos, si la limitación a las pretensio-

nes de plena jurisdicción tiene justificación en el incidente de extensión de efectos de la sentencia, propiamente dicho, del art. 110, carece de tal justificación en el mecanismo procesal del “proceso testigo”, contemplado en el art. 37.2 LJCA como alternativa a la acumulación de autos, que si bien se remite al art. 110 LJCA, lo hace sólo a los apartados 3,4 y 5 del precepto; esto es, en cuanto al procedimiento a seguir y a la fundamentación desestimatoria del incidente, no siendo, por tanto, incompatible con los procesos de mera anulación, en los que se den los requisitos establecidos en el propio art. 37.2 LJCA» (FJ 3.º).

### ***3.3. Cuestiones procedimentales relativas a la extensión de efectos, a propósito de la solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de 2 de junio de 2003, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictada en materia de exención de IRPF***

La STS, Sec. 2.ª, 26-03-2007, RC 1683/2005, estudia las consecuencias de la falta de remisión del expediente tramitado ante la oficina gestora, por parte de la Administración y la concurrencia de la excepción de acto firme y consentido y en su caso, sus consecuencias. Respecto a la primera cuestión declara la Sentencia que «la petición de extensión de efectos se presentó ante la Sala en este caso el mismo día de la fecha de la citada reforma introducida por la Ley Orgánica 19/2003.

En todo caso, el antiguo apartado cuarto no puede ser interpretado en el sentido de que el Tribunal venía obligado a reconocer automáticamente la petición, en sentido favorable, si la Administración no remitía el expediente en el plazo establecido, pues, como señala con acierto la Sala de instancia en el Auto resolutorio de la súplica, el efecto de no remitir las actuaciones a la Administración no era el de estimar la extensión de efectos instada sin más sino el de resolver sin la aportación de las actuaciones administrativas.

Por otra parte, la falta de remisión del expediente tramitado ante la oficina gestora, que asimismo se alega, donde tenían que figurar las reclamaciones formuladas, según el recurrente, no puede ser determinante de infracción procedimental alguna, toda vez que era el solicitante el que estaba obligado a aportar los documentos acreditativos de la identidad y la ausencia de las circunstancias determinantes de la desestimación, aparte de que también pudo aportar la documentación que

según él faltaba con motivo del recurso de súplica al comprobar la ratio decidendi de la resolución inicialmente adoptada» (FJ 2.º).

Y respecto a la segunda de las cuestiones declara en los FFJJ 4.º y 6.º que «incluso antes de la modificación del precepto surgió el debate de si resultaba o no aplicable la figura de la extensión de efectos en supuestos de “acto consentido y firme”, que llegó hasta el Tribunal Supremo, cuya Sección Séptima, en varias sentencias dictadas en fechas posteriores a la modificación del precepto pero en supuestos planteados con anterioridad a la nueva regulación, aplicó como causa de desestimación del incidente de extensión de efectos la falta de identidad de supuestos, haciendo derivar la falta de este requisito del aquietamiento del interesado frente al acto administrativo desfavorable...» (FJ 4.º).

«...No existen otros datos, por lo que ha de partirse de la inexistencia de reclamación respecto a la liquidación provisional practicada por la Administración, y/o de la falta de revisión por la Administración o de rectificación a instancia del interesado respecto a las posibles cantidades abonadas por Altos Hornos.

En esta situación, conviene recordar que la distinción entre liquidaciones provisionales y liquidaciones definitivas es conceptualmente diferente a la de liquidadores firmes y no firmes. La primera tiene en cuenta que la Hacienda Pública practica liquidaciones sin conocer, muchas veces, la realidad completa de los hechos imponibles, por lo que la cuantificación de las obligaciones tributarias es provisional, reservándose la Administración Tributaria la facultad de llevar a cabo las correspondientes valoraciones precisas, en cuyo momento, una vez que dispone de todos los elementos de juicio necesarios, adopta su decisión última, que por ello es definitiva; en cambio, la firmeza o no firmeza es la posibilidad de que esos mismos actos administrativos provisionales o, en su caso, definitivos, sean susceptibles de ser revisados por los ciudadanos mediante los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales, adquiriendo el carácter de firmes, cuando ya no son susceptibles de recurso alguno, bien por haber dejado transcurrir los plazos establecidos, bien porque se ha agotado la posibilidad de ulterior recurso. Por ello debe afirmarse que el carácter de firmeza puede predicarse, tanto de las liquidaciones provisionales, como de las definitivas.

Por esta razón, la liquidación básica cuestionada era provisional y a la vez firme, por no haber reclamado el interesado contra la liquidación provisional.

Por lo que respecta a las otras posibles liquidaciones, el interesado no solicitó nunca la rectificación ante la Administración, para acogerse a la exención, ni fue revisada, siendo distinto, por tanto, el planteamiento con respecto a la antes citada, al no existir ni siquiera acto administrativo.

Por todo ello, aunque resultase aplicable la Ley en este caso con su originaria redacción, ante la interpretación mayoritaria de la Sala del precepto, procede desestimar el motivo». (FJ 6.º).

### ***3.4. Improcedencia de la solicitud (efectuada previamente a la entrada en vigor de la LO 19/2003) de extensión de efectos de sentencia, ante la firmeza de la liquidación tributaria girada al solicitante, como consecuencia de la inadmisión, por extemporáneo, del recurso contencioso administrativo interpuesto***

La STS, Sec. 2.ª, 21-12-2007, RC 4810/2006, desestima la solicitud de extensión de efectos, efectuada vigente la redacción originaria de la LJCA 29/1998, por firmeza de la liquidación, efectuando una interpretación restrictiva del art. 110 de la mencionada Ley. Declara la Sentencia que el «art. 110 de la Ley Jurisdiccional (antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre), ha de interpretarse de forma restrictiva, y además en relación con los principios generales que consagra la Ley Jurisdiccional, entre ellos los de seguridad jurídica, por lo que no podrá ser una vía indirecta para modificar un acto firme.

En el presente caso, el solicitante de la extensión de los efectos de las sentencias que le favorecían había interpuesto recurso contencioso-administrativo contra los correspondientes Acuerdos del Tribunal Económico Regional, que habían confirmado las liquidaciones practicadas por la Inspección, que le afectaban si bien el propio Tribunal Superior de Justicia había dictado sentencia con anterioridad, declarando la inadmisibilidad del recurso por extemporáneo.

Es cierto que entre los motivos de la desestimación del incidente no figuraba, en la redacción original del precepto, la existencia de acto firme y consentido para el interesado, y que durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley aprobado por el Gobierno, que dio lugar a la ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se suprimió el requisito de “que sobre la materia no se hubiera dictado una resolución administrativa que habiendo causado estado haya sido con-



sentida por los interesados por no haberse interpuesto contra ella recurso contencioso-administrativo en tiempo y forma”, pero no lo es menos que es principio fundamental que preside el recurso contencioso-administrativo la imposibilidad de recurrir contra actos consentidos por no haber sido impugnados en tiempo y forma, principio que tiene su expresión en el art. 28 de la Ley de la Jurisdicción.

El párrafo tercero del apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998 justifica el mantenimiento de esta causa de inadmisión del recurso contencioso-administrativo por “elementales razones de seguridad jurídica, que no sólo deben tenerse en cuenta a favor del perjudicado por un acto administrativo, sino también en favor del interés general y de quienes puedan resultar individual o colectivamente beneficiados o amparados por él” añadiendo que, aunque la subsistencia de esta causa de inadmisión, constituye un “relativo sacrificio a la tutela judicial”, nos hallamos ante una “opción razonable y equilibrada”, si se tiene en cuenta que aquélla es menos gravosa que anteriormente como consecuencia de la ampliación del plazo de interposición del recurso administrativo de alzada, de la falta de eficacia que la legislación en vigor atribuye, sin límite temporal alguno, a las notificaciones defectuosas y de la ampliación de las potestades administrativas de revisión de oficio.

Nada autoriza a entender que este principio básico del orden jurisdiccional contencioso-administrativo no resulta aplicable en el supuesto del art. 110 de la Ley Jurisdiccional, pues otra interpretación significaría establecer distinto régimen en el supuesto de extensión de los efectos de la sentencia, y quedaría sin justificación el distinto trato que recibiría quien vio desestimada previamente por sentencia una pretensión idéntica. La reforma de la Ley Orgánica 19/2003 ha clarificado la situación, sin que pueda interpretarse que el propósito del legislador fuese el de modificar el criterio respecto de la regulación primitiva». (FJ 4.º).

### **III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

#### **1. Órganos del Orden Jurisdiccional contencioso-administrativo y su competencia. Enjuiciamiento de los actos y disposiciones emanados de los órganos de los Territorios Históricos**

El ATS, Sección 1.ª, de 21-12-2006, RC 7210/2004, analiza a cuál de los concretos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa

va a corresponder el enjuiciamiento de los actos y disposiciones emanados de los órganos de los Territorios Históricos, partiendo para ello de la doctrina contenida en el Auto de esa Sección de 15 de junio de 2006 (recurso de casación 9184/2003) que introdujo un importante cambio de orientación respecto de las competencias de los distintos órganos de esta jurisdicción para llevar a cabo la fiscalización jurisdiccional de la actividad de los órganos de los Territorios Históricos del País Vasco.

El Auto parte de que: «conforme a lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, los Territorios Históricos y, en consecuencia, sus órganos forales, van a ejercer las competencias que se atribuyen con carácter general a las Diputaciones Provinciales, que podríamos denominar competencias de régimen común; y, por otro lado, van a ejercer las competencias que les atribuyen el Estatuto de Autonomía del País Vasco y la legislación de la Comunidad Autónoma que se dicte en su desarrollo y aplicación, que podríamos denominar competencias de régimen foral. Lo anterior explica la denominada dualidad de los Territorios Históricos de la que la doctrina se ha hecho eco y que, necesariamente, ha de afectar, no sólo a la naturaleza jurídica de los mismos, sino también al control jurisdiccional de sus actos y disposiciones ante la falta de una determinación concreta sobre el órgano u órganos de la jurisdicción al que sea encomendada dicha tarea en la LRJCA y que esta Sala, modificando su inicial criterio, consideró que impedía una aplicación generalizada del art. 8.3 de la Ley Jurisdiccional» (FJ 2.º).

Lo anterior determina que haya de atenderse a: «a la naturaleza jurídica dual de los órganos forales o, lo que es lo mismo, a la naturaleza de las competencias ejercitadas en cada caso por tales órganos —de régimen común o foral— para asimilarlas, según el caso, a las Entidades locales o a las Comunidades Autónomas, a los efectos de proceder a la aplicación de los arts. 8 y 10 de la LRJCA» (FJ 3.º).

En conclusión: «cuando las Diputaciones Forales ejerzan competencias de “régimen común”, esto es, las que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen local, atribuye con carácter general a las Diputaciones Provinciales (disposición adicional segunda, apartado segundo, de dicha Ley), habrá de tomarse en consideración el art. 8.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las Enti-

dades locales, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico (estas últimas se atribuirían a la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia), así como el art. 10.1.b) que atribuye a dicha Sala el conocimiento de los recursos que se deduzcan contra las disposiciones generales de las Entidades locales» (FJ 3.º).

Finalmente, cuando ejerzan competencias de «régimen foral», esto es, las que exceden de las propias de una Diputación Provincial y que en un territorio no foral corresponderían a las Comunidades Autónomas, habrán de tomarse en consideración los apartados segundo y tercero del art. 8 de la Ley Jurisdiccional sin que puedan equipararse, no obstante, las Diputaciones Forales a la Administración periférica de las Comunidades Autónomas, de tal manera que el art. 8.3 únicamente entrará en juego, a falta de una organización periférica del correspondiente Territorio Histórico, respecto de la Administración institucional dependiente de la Diputación Foral. Por último, habrán de tomarse en consideración los arts. 10.1.a), que atribuye a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, el conocimiento de los recursos en relación con los actos que no estén atribuidos a los Juzgados, el art. 10.1.b) que igualmente atribuye a dicha Sala el conocimiento de las disposiciones generales emanadas de la Administración autonómica, y el artículo 10.1 j) que asigna a la mencionada Sala el conocimiento de cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional (FJ 3.º).

## **2. Las partes ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Legitimación del accionista para impugnar decisiones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre Oferta Pública de Adquisición de Acciones**

El problema que se plantea en la STS, Sección 3.ª, 18-4-2007, Rc 5494/2004, es si la condición de accionista confería al titular de las acciones una «posición jurídica sustantiva propia» que le permitiera reaccionar jurisdiccionalmente frente a la decisión autorizatoria de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de una oferta pública de adquisición de acciones, representativas del 51,89% del capital social de «Banco Español de Crédito, S.A.», mediante canje por acciones de nueva emisión de «Banco de Santander, S.A.».

La sentencia, partiendo del principio general de que: «los accionistas de las sociedades cotizadas puedan plantear las demandas civiles que consideren oportunas contra las decisiones de los órganos societarios, en los términos previstos por la Ley de Sociedades Anónimas». «Pero ello no impide que también puedan impugnar las resoluciones administrativas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores siempre que, por tener una relación directa con su situación en cuanto titulares de los derechos inherentes a sus acciones, consideren que les son perjudiciales y, además, acrediten prima facie que el contenido de aquellas decisiones les puede causar un perjuicio patrimonial» (FJ 3.º).

Sin embargo, como precisa la Sección 3.ª: «La referida apreciación de principio, precisamente por su carácter abstracto, no permite matizar la respuesta a los problemas de legitimación que en relación con las diferentes clases de ofertas públicas de adquisición de acciones puedan presentarse. Impediría, por ejemplo, de modo absoluto la reacción de los accionistas frente a las decisiones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en las ofertas públicas de adquisición de acciones para excluirlas de la negociación en Bolsa (art. 7 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio), decisiones que necesariamente han de exigir la fijación de un precio mínimo sujeto a criterios objetivos de determinación y de las que legítimamente pueden discrepar aquéllos. La protección jurídica de los accionistas en este género de ofertas (a la que nos hemos referido, para reforzarla, en nuestra sentencia de 23 de mayo de 2005 al resolver el recurso número 2414/2002) se extiende tanto a la fase previa administrativa como a la eventual reacción ante los tribunales competentes para revisar la validez de los actos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores» (FJ 3.º).

Por ello, como determina la STS de 18-4-2007: «el criterio adecuado en términos generales es que, si bien no corresponde al accionista singular arrogarse la legitimación para recurrir en defensa de los intereses de la sociedad en la que participa, puede ostentar, en principio, un interés legítimo propio, distinto del de aquella sociedad, que le permita impugnar determinadas decisiones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando éstas incidan negativamente en su situación jurídico-patrimonial, con independencia de las repercusiones que tengan en los ámbitos societario o contractual privado» (FJ 3.º).

No obstante, la sentencia confirmó el fallo de inadmisibilidad, por falta de legitimación, del TSJ de Madrid. Y ello porque para que el recu-

rente: «ostentara un interés legítimo en impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la decisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que autorizaba la presentación de la oferta pública “voluntaria” de adquisición de acciones, en la misma línea de su propia pretensión básica, hubiera sido preciso que ofreciera un indicio o explicación inicial de por qué se consideraba perjudicado. Más en concreto, hubiera debido alegar al menos que el precio de adquisición de las acciones de “Banco Español de Crédito, S.A.” inserto dentro del folleto de la oferta autorizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores le perjudicaba en relación al precio que, a su juicio, hubiera debido ofrecerse si se tratara de una oferta “necesaria” de las previstas en el art. 7 del Real Decreto 1197/1991» (FJ 4).

En consecuencia: «sólo se le hubiera podido reconocer la legitimación para impugnar si hubiera invocado los perjuicios patrimoniales que para él mismo resultaban de la diferencia de valor de contraprestación de las acciones cuya oferta de adquisición se autorizaba» (FJ 4). Como establece el Tribunal, lo contrario es: «un puro interés por la legalidad», «interés insuficiente para cumplir el requisito de legitimación activa que exige la Ley reguladora de esta Jurisdicción en su art. 19.1.a)» (FJ 4.º).

### **3. Medidas cautelares. Relevancia del principio dispositivo. Posibilidad de desistimiento de las medidas cautelares ya acordadas**

El ATS, Pleno, 15/01/2007 (RCA 47/2006), estudia si cabe retirar una medida cautelar ya adoptada en el curso del proceso, a petición de la misma parte que instó su adopción, esto es, analiza si en caso de que quien pidió y obtuvo la medida cautelar, solicita después que se revoque, esa petición basta por sí misma para que se proceda con arreglo a lo solicitado.

Para resolver esta cuestión, la Sala comienza resaltando la relevancia del principio dispositivo en el proceso contencioso-administrativo y, más aún, en sede de medidas cautelares: «El carácter rogado de la Jurisdicción se erige como un elemento estructural del sistema, con la consecuencia (que ahora apuntamos y en la que abundaremos a continuación) de que las excepciones al mismo han de ser interpretadas y aplicadas con carácter restrictivo. Y si esto puede afirmarse con carácter general, más aún es predicable respecto de las medidas cautelares, que sólo pueden ser adoptadas por el órgano judicial previo impulso de las partes y no de

oficio (a diferencia de otros Ordenamientos, en que esa adopción de medidas provisionales de oficio por el Tribunal está expresamente prevista y autorizada) y respecto de las cuales el principio dispositivo presenta un vigor aún mayor que el desempeñado en el proceso principal» (FJ 7.º). Recuerda la Sala que las medidas cautelares se insertan dentro del haz de garantías que conforman el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y se adoptan a instancia de parte para asegurar la efectividad de la sentencia que en su día pueda dictarse (art. 129.1), o, lo que es lo mismo, para garantizar que el proceso no pierda su finalidad legítima (art. 130.1). Por eso «el incidente cautelar no tiene sustantividad propia ni se desenvuelve con carácter autónomo, sino que se introduce en el proceso principal a instancia de la parte interesada en la adopción de la medida provisional y resulta útil en función de que la decisión cautelar adoptada sirva para que la sentencia que en el futuro se dicte pueda ser eficazmente ejecutada. No es el incidente cautelar más que una garantía subordinada al desenvolvimiento del proceso principal, de la que las partes pueden hacer uso si les interesa a fin de procurar el eventual éxito real de su pretensión» (FJ 7.º). Ciertamente es que la Ley de la Jurisdicción reclama también la valoración de los «intereses generales y de tercero», pero no lo hace porque quiera configurar una acción pública cautelar ni porque quiera atribuir al incidente cautelar un objeto distinto y cuantitativa o cualitativamente más amplio que el propio del asunto principal, sino para situar en su contexto global la tutela provisional que se solicita, aunque siempre con la vista puesta en el aseguramiento del interés legitimador y la pretensión esgrimidos en la pieza principal del proceso por quien pide la medida que se examina.

Afirma el Tribunal que no cabe trasladar acríticamente a la pieza separada de medidas provisionales las potestades de mantenimiento del litigio de oficio, aun por encima de la voluntad de las partes, que confiere al Tribunal la Ley de la Jurisdicción en los casos de desistimiento (art. 74.4), allanamiento (art. 75.2), satisfacción extraprocesal (art. 76.2) o transacción (art. 77.3), y señala en este sentido que «La Ley de la Jurisdicción permite, en los términos restrictivos que hemos mencionado, la continuación del litigio respecto de la pieza principal por decisión del Tribunal, pero el estrecho margen que en este punto se le otorga tiene por presupuesto la constatación de que la conclusión anticipada del proceso impide cualquier examen por el Tribunal de la cuestión de fondo controvertida. Pero no es este el caso de la pieza separada de medidas cautelares, pues tanto si esas medidas no se solicitan por quienes pueden

hacerlo (las partes personadas en los autos principales) como si las mismas son revocadas de forma sobrevinida, ello no repercute sobre la continuidad del pleito principal, que seguirá su tramitación hasta que recaiga resolución que le ponga término. Por eso no se da en la pieza separada de medidas cautelares la razón de fondo que justifica excepcionalmente la atribución de potestades al órgano jurisdiccional que se contiene en los arts. 74 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción. Y también por eso ha de reconocerse al principio dispositivo de la pretensión un juego mayor en la pieza cautelar que el que ya de por sí se le reconoce en la principal» (FJ 8.º). No constituyen un obstáculo para este planteamiento las prevenciones que contiene el art. 132 de la Ley Jurisdiccional, en orden a la conservación y mantenimiento de las cautelares ya adoptadas, toda vez que «rectamente interpretado, el precepto no establece tanto una exclusión del principio dispositivo como más bien una cláusula de protección del beneficiario de la medida cautelar ya adoptada frente a cualesquiera interesados en su revocación o modificación, cláusula que no desapodera por completo al promotor y beneficiario de la medida de las facultades de disposición sobre la misma, sino que le ampara ante cualquier intento no consentido de privación de la tutela cautelar otorgada» (FJ 8.º). Razona este Auto que la regla general de conservación de la medida cautelar del art. 132 se establece en beneficio de quien obtiene la tutela cautelar y busca impedir que la tutela ya otorgada pueda ser reconsiderada en su contra. Por eso, una vez que se obtiene la medida provisional, el beneficiado por ella queda salvaguardado por la Ley en el sentido de que la protección provisional otorgada no podrá ser alterada hasta el fin del pleito («rebus sic stantibus», se entiende), de manera que si los interesados enfrentados (esto es, los que se opusieron a la adopción de la medida provisional) plantean, fuera de esos limitados casos de alteración de las circunstancias, la reconsideración y consiguiente modificación o revocación de la cautelar ya adoptada, se alzarán frente a tal intento la tajante regla procesal del art. 132. Ahora bien, este principio general de inalterabilidad deviene desprovisto de sentido, atendida su naturaleza y finalidad, si es el propio beneficiario de la medida quien pide su revocación, más aún si las demás partes no se oponen a esa petición, pues estando orientada la medida provisional ya obtenida a la salvaguardia de su posición procesal, no puede negarse a esta parte inicialmente beneficiada por la medida cautelar la posibilidad de desistir de esa protección, si considera que la posible eficacia del éxito de su pretensión principal no sufre por ello. En definitiva, «partiendo de la base de que la adopción de las cautelares

tiene en la Ley Jurisdiccional carácter rogado (de manera que si no se solicitan no le cabe a la Sala adoptarlas y el pleito sigue su tramitación sin ellas), y que su finalidad no es salvaguardar el orden jurídico abstracto, objetivo e institucional de las cosas, al margen del proceso principal, sino la efectividad de la sentencia favorable a la concreta pretensión del solicitante y beneficiario de la medida, no tiene sentido mantenerla si la propia parte beneficiaria, en cuyo interés se adoptó y cuyo coste y riesgo de indemnizar los daños y perjuicios que de ella se deriven asume, entiende que la efectividad de la sentencia que en su día pueda dictarse no sufre merma alguna por obra de ese alzamiento, más aún si la Administración, a quien constitucionalmente se le encomienda la defensa del interés general (art. 103.1 CE), no se opone» (FJ 8.º). Termina este Auto enfatizando el dato del coste y riesgos indemnizables del mantenimiento de la medida, señalando que dicho dato «complementa y explica que la Ley no haya extendido a ella el posible mandato judicial de mantenerla, a pesar de la voluntad de la parte recurrente de que sea revocada, porque, a diferencia de lo que acontece en el pleito principal, el levantamiento de la cautelar no sólo no impide que la jurisdicción haga un pronunciamiento de fondo, sino que además, de no accederse a él a petición del beneficiario, se obliga a éste, por vía de caución, a arrostrar los perjuicios de cualquier naturaleza generados por una situación que él no demanda (art. 133.1 de la Ley de la Jurisdicción)» (FJ 8.º).

#### **4. Tratamiento procesal de la información comercial confidencial en el proceso contencioso-administrativo**

El ATS 13/07/2006, RCA 47/2006, examina el problema de la entrega a las partes de la documentación que formando parte del expediente administrativo haya sido declarada confidencial al amparo del art. 53 de la Ley 16/89, por afectar a secretos comerciales de las empresas. La Sala advierte que el art. 48.6 de la Ley Jurisdiccional únicamente permite de forma expresa la exclusión del expediente de los documentos formalmente declarados como secreto oficial y no prevé expresamente la no inclusión de los documentos a los que alcanzan otras medidas restrictivas de su difusión. Así las cosas, apunta que se plantea, entonces, un posible conflicto entre los derechos de las partes procesales a articular su defensa con plenitud de medios y sin limitaciones indebidas y la protección dispensada por el Ordenamiento Jurídico a la información declarada confidencial por su afección a materias atinentes a secretos comer-



ciales o industriales. Pues bien, entiende la Sala que a la hora de resolver sobre el posible conflicto entre la confidencialidad de la documentación y las exigencias de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva, en una contemplación integral del Ordenamiento Jurídico, ha de partirse de la base de que las decisiones de declaración de confidencialidad efectuadas en sede administrativa no pierden vigor ipso facto por el hecho de que se impugne ante los órganos de la jurisdicción la resolución administrativa en cuyo procedimiento de adopción se realizó tal declaración. No existe previsión normativa alguna que imponga en sede jurisdiccional una automática pérdida de vigencia de la confidencialidad declarada en vía administrativa, pues no resulta lógico que lo que ha permanecido velado durante el procedimiento administrativo por un interés público o privado reconocido en la norma, pueda salir a la luz libremente y sin cortapisa alguna por la mera interposición de un recurso contencioso-administrativo. Se impone, pues, una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo. En síntesis, entiende la Sala, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada «need to know», necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados. Por eso, la parte que reclama la entrega de esa información confidencial no puede limitarse a hacer una reclamación global e inmotivada de todos los documentos que echa en falta en el expediente administrativo del que se le ha dado traslado, sino que debe esforzarse por singularizar y razonar su reclamación por referencia a cada documento confidencial que reclama, pues si no se realiza una valoración circunstanciada de las razones por las que debe levantarse, en aras del derecho de defensa, la confidencialidad de aquellos documentos, en tal caso deberá prevalecer el interés en la salvaguardia de esa confidencialidad.

El posterior ATS de 05/10/ 2006, RCA 47/2006 desarrolla y confirma la doctrina de la Sala que se acaba de reseñar sobre el acceso de las partes a la llamada «información confidencial». Señala esta resolución

que la Ley de la Jurisdicción «se integra en el Ordenamiento Jurídico concebido como sistema o grupo de normas que se relacionan e integran entre sí conforme a pautas hermenéuticas no necesariamente excluyentes» (FJ 3.º), y por eso, el hecho de que el art. 48 LJCA únicamente prevé, como excepción a la entrega completa del expediente, la documentación clasificada con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales, «no supone que los órganos judiciales no puedan aplicar o tomar en consideración otras excepciones que resultan con claridad de lo dispuesto en normas diferentes» (FJ 3.º). Considera la Sala que la salvaguardia de la información comercial confidencial adquiere en nuestro ordenamiento jurídico un nivel reforzado de protección que despliega su operatividad sobre el conjunto del propio Ordenamiento Jurídico y concretamente sobre la tramitación de los procesos contencioso-administrativos, sin que esta conclusión quede obviada por el hecho de que la Ley Jurisdiccional 29/1998 no haya contemplado expresamente esta categoría. Por eso, corresponde a las partes la carga de aportar las razones que les asisten para reclamar el alzamiento de ese nivel de protección y el consiguiente acceso a la documentación protegida. Por eso, la parte que reclama la entrega debe no solo indicar que los documentos reclamados forman parte integrante del expediente administrativo (lo que va de suyo y no deja de ser una afirmación tautológica), sino también argumentar que el razonamiento técnico y jurídico que condujo a la decisión administrativa impugnada en el proceso no puede ser fiscalizado con el solo examen de la documentación no confidencial sino que requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida, más concretamente, de cada uno de los documentos cuya entrega se reclama. Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial habrá de prevalecer el amparo que el Ordenamiento presta a la confidencialidad.

## 5. Subsanción de trámites

La STS, Sección 4.ª, de 02/11/2006, RC 5489/2004, estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia que declaró inadmisibile un recurso contencioso-administrativo por no haberse aportado la llamada autorización corporativa para recurrir. Entiende el Tribunal Supremo

que el art. 45 de la Ley de la Jurisdicción en su apartado 3.º expresamente obliga al órgano jurisdiccional a que examine de oficio la validez de la comparecencia y si observa que no se acompañan los documentos exigidos en los apartados a), b), c) y d), de apartado 2.º requerirá inmediatamente la subsanación de los mismos señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto, y en el caso de autos, el órgano jurisdiccional admitió a tramite el recurso estimando por tanto, al menos en principio, la validez de la comparecencia y no obstante ello en sentencia, sin haber requerido con anterioridad expresamente a la recurrente declaró la inadmisión del recurso por los defectos advertidos en la comparecencia. Y no obsta en nada —dice la sentencia del TS— a lo anterior, el que la parte recurrida hubiese, hasta por dos veces, denunciado los defectos advertidos en la comparecencia y el que el recurrente también hubiera tratado de subsanarlos, pues es la Sala la que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 45 tenía la obligación legal de requerir la subsanación al recurrente si estimaba que la comparecencia no fue válida y no se habían subsanado los defectos habidos en la comparecencia.