

SALA TERCERA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I. ADMINISTRATIVO

1. ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- 1.1. Naturaleza jurídica de las actuaciones y omisiones entre particulares de naturaleza tributaria: no son actos administrativos. Suspensión de la ejecutividad de aquéllas actuaciones. Validez y eficacia de los actos administrativos.
- 1.2. Derecho de acceso a archivos y registros públicos. Concepto de “ciudadano” a estos efectos: no lo ostenta el Ayuntamiento demandante en las relaciones interadministrativas
- 1.3. Adopción *inaudita parte*, en el curso de un expediente sancionador, de medidas cautelares de clausura de una actividad empresarial.
- 1.4. Suspensión en vía administrativa de un acto administrativo sancionador. Artículos 111 y 138.3 de la LRJAP y PAC. Suspensión administrativa por silencio de la ejecución de los actos administrativos impugnados en vía administrativa (artículo 111.3 de la LRJAP y PAC).
- 1.5. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general: informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas. Procedimiento subvencional: memoria del órgano gestor e informe del Ministerio de Economía y Hacienda.
- 1.6. Potestad reglamentaria. Reglamentos ejecutivos de las leyes: rango normativo. Necesidad de que se aprueben mediante Real Decreto. Insuficiencia de la Orden Ministerial.
- 1.7. Potestad reglamentaria: sus límites. Trámites en el procedimiento de elaboración y de modificación de una disposición administrativa de carácter general. Audiencia pública.
- 1.8. Procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general. Trámites preceptivos: memoria económica y memoria justificativa.
- 1.9. Notificaciones defectuosas (artículo 59 de la LRJAP y PAC).

2. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

- 2.1. Competencias de las Administraciones Públicas. Concurrencia de competencia exclusiva estatal en materia de Defensa Nacional y competencia autonómica de urbanismo y ordenación del territorio.

3. BIENES PUBLICOS

- 3.1. Concepto de “depuración de la situación física y jurídica” de los bienes de la Administración objeto de subasta, incluye la definición de los derechos de los ocupantes. Adjudicación provisional de inmueble propiedad del Estado. La previa depuración de la situación jurídica del inmueble, no basta entenderla como efectuada con el deslinde y la inscripción en el registro de la propiedad si hay otros documentos o hechos que prueban la improcedencia de la venta. También es

necesaria la definición de los derechos de terceros que pueden recaer sobre el inmueble.

- 3.2. La afección de un plan urbanístico sobre bienes públicos de otra Administración, vías pecuarias, no determina que deba ser aprobado por esta Administración, sino que el plan deberá ser aprobado conforme a lo que establezca la legislación urbanística.
 - 3.3. Vías pecuarias. Desafectación de vías pecuarias en tramos de suelo urbano o urbanizable sin deslinde previo para su incorporación como bien patrimonial autonómico. De una interpretación sistemática de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias, se desprende que es necesario el deslinde previo a la desafectación, es decir, la previa concreción y delimitación física de los terrenos.
 - 3.4. Aprovechamientos de montes de utilidad pública: valor de la costumbre como fuente normativa en la regulación de los bienes comunales y, en concreto, del aprovechamiento en montes de utilidad pública. La norma autonómica no puede relegar el valor de la costumbre.
 - 3.5. Impugnación del acuerdo de recuperación posesoria del dominio público marítimo terrestre en un caso de instalaciones anteriores a la Ley de costas de 1988 pero sin título de ocupación con arreglo a la normativa anterior a la Ley. El régimen de concesión previsto en la DT 1.4ª de la LC, tiene como condicionante un deslinde previo anterior a la entrada en vigor de la LC1988, y sólo cabe para las obras e instalaciones "legalmente construidas".
 - 3.6. Artículo 49.3 del Reglamento de la Ley de Costas. El informe que preceptivamente debe emitir la Administración del Estado es vinculante para la Comunidad Autónoma
4. CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
- 4.1. Urbanismo. Programas de actuación integrada. Selección del agente urbanizador Sometimiento a los principios de la contratación administrativa. Incidencia de la STJCE de 26 de mayo de 2011 sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
 - 4.2. Aplicación de las normas de contratación pública a un convenio de colaboración suscrito entre Correos y Telégrafos y el Ministerio del Interior.
 - 4.3. Adjudicación de concesión en exclusiva de servicio de transporte realizada al amparo de Ley autonómica. Sentencia del TJUE que condena al Reino de España por incumplimiento al ser la referida Ley contraria a Reglamento comunitario. Derogación por la Comunidad Autónoma de la Ley y posterior declaración de oficio de la nulidad de pleno derecho de la concesión. La sentencia del TJUE no anula la Ley autonómica, que debía considerarse válida, al no haber sido anulada por el TC y vigente hasta su derogación, siendo igualmente válido el acto realizado en su aplicación. El cumplimiento de la Sentencia del TJUE obliga a poner fin a la concesión; pero por medio diferente al de la declaración de nulidad de pleno derecho inexistente.
 - 4.4. Resolución de contrato de obras. Sentencia de instancia que anula la resolución por falta de informe preceptivo ni del Consejo de Estado ni órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Inexistencia de esa exigencia procedimental, al haber sido el adjudicatario de la obra el que solicitó la resolución.

- 4.5. Nulidad de la resolución contractual acordada por haberse omitido el informe del órgano consultivo autonómico. El control de legalidad de los actos de la Administración parlamentaria en materia de contratación queda sometido al dictamen o informe de los órganos consultivos del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas.
 - 4.6. Compensación por las fugas de tráfico de la autopista AP-6, generadas por la puesta en servicio de la autopista de peaje Villacastín-Ávila. No hay incumplimiento del contrato concesional. Compensación improcedente. La posibilidad de construir nueva carreteras o mejorar las ya existentes, forma parte del riesgo y ventura a que está sujeta la concesión.
 - 4.7. Adjudicación de concurso público para la prestación de los servicios de asistencia en tierra, a aeronaves, pasajeros, mercancías y correo. Valoración de la prueba pericial. Estimación del recurso de casación y declaración del derecho de la recurrente a que se le indemnicen los perjuicios derivados de la actuación administrativa impugnada en la cuantía que se establezca en ejecución de sentencia.
 - 4.8. Baja temeraria en adjudicación de contrato de suministro. La Sala de instancia estima el recurso al apreciar que la posible existencia de la misma no impone en todo caso la exclusión del proceso de adjudicación, al no existir la necesaria reflexión o consideración sobre las alegaciones de la parte que afirmaban que existía una diferencia de escasos céntimos sobre la media de las ofertas, sin que supusiera un riesgo para el debido cumplimiento del contrato. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.
 - 4.9. Subrogación de las obligaciones derivadas de un contrato de obras, cuando las obras son entregada al Insalud antes del traspaso de competencias a la CC.AA, está pendiente después de él de la liquidación y pago. En la fecha de efectividad de la transferencia el contrato no se encuentra extinguido, en lo relativo a la aprobación y abono de la liquidación final y proyecto modificado, por lo que debe considerarse que está en tramitación, y en consecuencia la obligación de abono de las obligaciones pendientes derivadas de los contratos vigentes, corresponde a la Comunidad Autónoma.
5. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO
 - 5.1. Impugnación del Real Decreto 1000/2010, sobre visado colegial obligatorio
6. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO
 - 6.1. Ordenación de la actividad comercial
 - 6.1.1. Derecho Administrativo Sancionador. Sanción en materia comercial. No cabe apreciar la agravante de reincidencia en la conducta infractora cuando el factor para apreciarla es posterior a la comisión de la nueva infracción sancionada.
 - 6.2. Electricidad y energía.
 - 6.2.1. Energía eléctrica. Recurso directo contra una Orden Ministerial que fija peajes de acceso a las redes. Se estima el Recurso Contencioso-Administrativo ante las variaciones sufridas en la Orden ministerial recurrida durante el proceso de elaboración, variaciones que hacían exigible la emisión de un nuevo informe.

El reconocimiento del déficit no respeta el mandato de la Ley del Sector Eléctrico, si bien no se accede a la pretensión indemnizatoria por considerar que se había producido una compensación a través de órdenes ulteriores.

6.2.2. Anulación de la financiación del bono social por parte de la compañía eléctrica. Se trata de una medida discriminatoria y no transparente ya que carga toda la financiación de este bono social en unas empresas concretas sin explicitar las razones de esta elección.

6.2.3. Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. La supresión de las tarifas reguladas correspondientes a instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial a partir de un determinado momento no constituye retroactividad prohibida por el ordenamiento jurídico ni supone una infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ni vulnera los principios de igualdad ante la Ley y de no discriminación, ni el derecho a la tutela judicial efectiva. Principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, de confianza legítima y de irretroactividad de la norma restrictiva de derecho individuales.

6.3. Subvenciones y ayudas públicas

6.3.1. Modificación del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación para los años 2011 y 2012. Poder del Gobierno para adaptar las ayudas a la crisis económica.

7. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

7.1. Libertad religiosa. Participación de militares en actos religiosos solemnes.

7.2. Derecho administrativo sancionador. Principios de legalidad y tipicidad. Límites de la remisión normativa en la tipificación de infracciones y sanciones.

8. EXPROPIACIÓN FORZOSA

8.1. Reversión expropiatoria: distinción entre concesionario de la explotación de una autopista y el beneficiario de la expropiación. Diferencias a efectos de la percepción del justiprecio reversional para evitar un enriquecimiento injusto.

8.2. Carencia de legitimación del Ayuntamiento para impugnar un acuerdo de fijación del justiprecio en donde la beneficiaria de la expropiación es una sociedad mercantil cuyo capital pertenece íntegramente a dicho Ayuntamiento.

8.3. El expropiado no queda vinculado en su hoja de aprecio por estimaciones hechas con base en circunstancias que escapan de su control.

8.4. Retasación: no procede frente a renuncia o a actos propios contrarios del expropiado. Interpretación del alcance del derecho de retasación adecuado a las previsiones de la Ley de Expropiación forzosa y su Reglamento.

- 8.5. Suelo urbano sin aprovechamiento atribuido en el planeamiento. Significado y alcance del art. 29 de la ley del suelo y valoraciones de 1998.
 - 8.6. Suelo urbanizable. Valoración según método jurisprudencial cuando no se justifica la existencia de valores ciertos que permitan la aplicación del método residual.
9. EXTRANJERÍA Y ASILO
- 9.1. Extranjería
 - 9.1.1. Validez por sí misma de la resolución por la que se concede la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar y determinación del ámbito competencial de examen y cognición del asunto por parte del agente diplomático o consular en la tramitación del expediente de obtención del visado.
 - 9.1.2. La reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España ha pasado a quedar regulada en el R.D. 240/2007, de 16 de febrero, atendiendo a la redacción de los preceptos de dicho Real Decreto resultante de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 114/2007, y a falta de una norma específica sobre este ámbito.
 - 9.1.3. Inaplicabilidad del artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000 (en la redacción previa a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre) en el caso de una kafala marroquí constituida por los padres biológicos del menor a favor de la tía de éste.
 - 9.1.4. Visado de residencia no lucrativa
 - 9.2. Asilo
 - 9.2.1. Reconocimiento del derecho de la recurrente, y por extensión de su hija nacida en España, a permanecer en España por razones humanitarias, tomando en consideración las circunstancias personales de la recurrente, no vinculadas a la causa de asilo invocada. Examen de la evolución legal de las razones humanitarias como causa de permanencia en España.
 - 9.2.2. Necesidad de valorar información actualizada de la situación existente en el país de origen del solicitante de asilo al examinar la concurrencia de razones humanitarias que permitan autorizar la permanencia en España de conformidad con el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/84 y el art. 31.3 de su Reglamento de aplicación.
10. FUNCIÓN PÚBLICA.
- 10.1. Pactos y Acuerdos entre Sindicatos y Administración. Carencia de eficacia y validez antes de su ratificación por la Administración al incorporarlos a una disposición general, dada la naturaleza esencialmente organizativa de las condiciones esenciales del estatuto de los funcionarios públicos.
 - 10.2. Medidas extraordinarias de reducción del déficit público y minoración de nóminas de funcionarios. No existen razones para dudar de la constitucionalidad del RD-ley 8/2010. Las medidas previstas no

- infringen el derecho negociación colectiva ni derechos adquiridos, ni constituyen tampoco un tributo encubierto.
- 10.3. No es posible la rehabilitación por silencio administrativo positivo en virtud del Estatuto Básico del Empleado Público.
 - 10.4. Extinción de la relación estatutaria del personal al servicio de Instituciones públicas de salud. Las «necesidades asistenciales» constituyen la clave para la prolongación en el servicio activo, una vez cumplida la edad de jubilación forzosa.
 - 10.5. Publicidad y transparencia de los criterios de actuación del Tribunal Calificador.
 - 10.6. Pérdida de la condición de Guardia Civil por haber sido condenado a la pena de inhabilitación especial. Inexistencia de indefensión por falta de audiencia previa. Obligación de la Administración de hacer cumplir condena penal.
11. PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.
- 11.1. Abstención y recusación de los miembros de las Juntas de Jueces. El deber de abstención y el derecho a la recusación son inseparables. Concepto de “amistad íntima” como causa de abstención.
 - 11.2.- Sanción de separación de la carrera judicial a Magistrado. Caducidad del expediente disciplinario al resultar contraria a derecho la prolongación del plazo acordada debido a las dificultades para obtener información de las diligencias penales instruidas simultáneamente al expediente disciplinario. Las conversaciones telefónicas intervenidas en la instrucción de un proceso penal están cubiertas por el derecho fundamental a la garantía del secreto de las comunicaciones.
 - 11.3. Denegación a Magistrada de licencia por inscripción en Registro de parejas de hecho. La no equiparación del matrimonio y la pareja de hecho no infringe el artículo 14 de la Constitución española ni afecta al derecho a la conciliación y a la vida personal y familiar.
 - 11.4. Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobado el Reglamento sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales. Nulidad del acuerdo por falta de competencia del Consejo para dictar el Reglamento
 - 11.5. Retribuciones variables de Jueces y Magistrados. El Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial aprobando plan de actuación para su distribución y criterios adicionales para su ejecución no es un acto de mero trámite. La exclusión de dicha partida retributiva de Jueces y Magistrados que no estuvieran en servicio activo el 1 de enero de 2009 es injustificada y contraria al espíritu de las retribuciones variables.
12. PROPIEDADES ESPECIALES
- 12.1. Propiedad industrial: Denominaciones de origen y marcas. Competencia del Estado. Alcance de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de denominaciones de origen. Inexistencia de prohibición legal de uso simultáneo de una misma

marca identificativa de vinos de distinta procedencia geográfica. Exigencia de la Ley 24/2003 de la Viña y del Vino de la inclusión en las etiquetas y presentación de los vinos de elementos diferenciadores de su calificación y procedencia a fin de evitar la confusión en los consumidores derivada de la utilización de una misma marca, nombre comercial o razón social en la comercialización de vinos correspondientes a distintos niveles de protección o procedentes de diferentes ámbitos geográficos.

- 12.2. Propiedad industrial: Marcas. Pautas esenciales en la evaluación de la compatibilidad registral de signos distintivos. Comparación de ámbitos aplicativos. No pueden tenerse en cuenta los respectivos objetos sociales de los titulares de los signos enfrentados a efectos del examen de compatibilidad registral.

13. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

- 13.1. Distinción entre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción.
- 13.2. Interpretación de la Jurisprudencia Comunitaria sobre los requisitos para determinar la Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por violación del Derecho Comunitario.
- 13.3. Responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. “Pérdida de oportunidad”. Determinación del quantum indemnizatorio.
- 13.4. Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por la aplicación de norma declarada inconstitucional. Cómputo del plazo para reclamar.

14. SERVICIOS PUBLICOS

- 14.1. Concesión del servicio público de transporte marítimo de viajeros. Adjudicación en régimen de exclusividad al amparo de Ley autonómica. Sentencia del TJUE que condena al Reino de España por incumplimiento, al ser la referida Ley contraria a una norma comunitaria. Modo de poner fin a una concesión adjudicada al amparo de dicha Ley.
- 14.2. Tarifas del servicio de agua potable. Es irrelevante la cobertura de un Decreto autonómico a los efectos de entender aprobados por silencio administrativo unos incrementos tarifarios del servicio público de suministro de agua.
- 14.3. Prestación del servicio de seguridad privada por una empresa en una urbanización. No procede cuando la Administración ha recepcionado las obras y asumido la prestación de los servicios que le corresponden. Inviabilidad de invocar el principio de no ir contra los actos propios en ámbitos donde no existe poder de disposición de las partes.

15. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE

- 15.1. Medio ambiente
 - 15.1.1. Impugnabilidad de la declaración de impacto ambiental en el momento en el que se recurre también la autorización ambiental integrada.
 - 15.1.2. La Autorización Ambiental Integrada es una técnica de control e intervención administrativa de carácter reglado que no puede servir para imponer exigencias adicionales de

- protección sin la cobertura de la legislación sectorial aplicable.
- 15.1.3. Casación en interés de ley. Autorizaciones de uso, ocupación o realización de obras en la zona de servidumbre de tránsito. Artículo 49.3 del Reglamento de la Ley de Costas: Doctrina legal.
 - 15.1.4. Aguas. Nulidad de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente por la que se establecían criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico como pauta para la tipificación de las infracciones administrativas: vulneración del principio de reserva de Ley.
 - 15.1.5. Aguas. Ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas
- 15.2. Urbanismo.
- 15.2.1. Un Estudio de Detalle que hace necesario demoler parte de una edificación realizada conforme al planeamiento general, con el pretexto de una alineación de rasantes, incide en forma ablatoria y desproporcionada sobre el derecho de propiedad.
 - 15.2.2. Planeamiento urbanístico. Informe de la Confederación Hidrográfica sobre suficiencia de recursos hídricos. Carácter preceptivo y vinculante.
 - 15.2.3. Ius variandi. Necesidad de justificación especial de la recalificación, en suelo urbano consolidado, de parcela de uso residencial a dotacional destinado a "Servicio de interés público y social" a obtener por expropiación".
 - 15.2.4. Calificación como espacios libres. Cuando el planeamiento urbanístico ordena y califica pormenorizadamente el suelo debe precisar el carácter público o privado de los terrenos para evitar la indefinición del contenido concreto del derecho de propiedad de los mismos.
 - 15.2.5.- Ineficacia de modificación puntual de Normas subsidiarias de planeamiento que no fueron originariamente publicadas.
 - 15.2.6.- El Plazo de formulación de los Planes de Ordenación Urbanística no es un plazo de caducidad y su incumplimiento carece de naturaleza esencial.

II. TRIBUTARIO

1. Adquisición del 100% de las acciones de la sociedad hotelera. El valor contable del inmueble adquirido representa menos del 50% del activo de la sociedad, lo que determina la falta de tributación de la compra a la vista de las previsiones incluidas en el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores. Fondo de Comercio.
2. Procedimientos tributarios: Recaudación. Prescripción como motivo de oposición a la providencia de apremio.
3. Procedimientos tributarios. Rectificación de errores materiales, aritméticos o de hecho
4. Procedimientos tributarios. Vía económico-administrativa. Retroacción de actuaciones ordenadas por el órgano de revisión: Retroacción improcedente. La retroacción está prevista para reparar defectos procedimentales, no para que se corrija sustancialmente la liquidación.

La anulación de una liquidación tributaria no impide, per se, practicar una nueva.

5. IVA: sujeción de las obras de urbanización efectuadas por juntas de compensación propietarias. Las parcelas que se adjudican en el proyecto de compensación a una junta "propietaria" constituyen pago anticipado en especie de los servicios de urbanización prestados a los propietarios originarios.
6. Devoluciones derivadas de la normativa reguladora del IVA: cabe recurso contencioso administrativo contra la inactividad de la Administración Tributaria (art. 29 LJCA). La opción por la compensación manifestada en la declaración-liquidación del último período liquidatorio no puede rectificarse en el resumen anual.
7. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Comprobación de valores: valor asignado para la tasación de las fincas hipotecadas.
8. Tasa por reserva del dominio público radioeléctrico, ejercicio 2001. La reforma operada por las Leyes 13/2000 y 14/2000 no contraviene el art. 11.2 de la Directiva 97/13/CE. Constitucionalidad de la reforma. Modificación de las condiciones financieras de los contratos de concesión
9. Ordenanza Fiscal de entrada de vehículos al Ayuntamiento de Madrid. Finalidad del Informe Técnico-Económico: Falta de justificación del Informe Técnico Económico como criterio a tener en cuenta. Arrendamiento versus servidumbre de paso. Devolución de los ingresos obtenidos

III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Orden contencioso-administrativo. Acumulación de pretensiones conexas en materia de disciplina urbanística aún cuando el conocimiento de las mismas venga atribuido a órganos distintos del orden jurisdiccional contencioso administrativo.
2. Las sentencias que resuelven cuestiones de ilegalidad se reputan a efectos de la casación como dictadas en única instancia. Equiparación de las cuestiones de ilegalidad a los recursos indirectos en cuanto a que no pueden examinarse en ellas los aspectos formales relativos a la tramitación de la disposición general.
3. La rehabilitación de los plazos, contemplada en el artículo 128.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no es aplicable a la caducidad de la instancia prevista concordadamente en los artículos 179.2 y 237 de la Ley de Enjuiciamiento civil.
4. Cuando hay legitimación por interés legítimo es improcedente distinguir entre motivos de impugnación amparados en una legitimación individual y motivos fundados en acción pública: La legitimación por interés legítimo se proyecta sobre toda la relación jurídico-procesal y obliga a examinar los motivos planteados sin inadmisiones parciales.
5. El cauce de subsanación de omisiones establecido en los artículos 267 LOPJ y 215 LEC resulta idóneo para complementar las sentencias cuando contengan omisiones, pero no puede ser empleado con el propósito de modificar o rectificar lo en ellas resuelto.

INTRODUCCIÓN

Se recoge en esta Crónica una selección de resoluciones dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo a lo largo del año judicial 2011-2012. Si ya en años anteriores se insistió en que dada la gran cantidad de sentencias y autos dictados por la Sala, la selección efectuada no podía aspirar a ninguna pretensión de exhaustividad, con mayor énfasis aún ha de decirse lo mismo ahora, respecto del presente año judicial, en el que, como consecuencia del esfuerzo desarrollado por los Magistrados de la Sala con la colaboración del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, el número de asuntos resueltos se ha incrementado de forma muy significativa, hasta sobrepasar la cifra de cinco mil sentencias.¹

I. ADMINISTRATIVO

1. Acto y procedimiento administrativo

1.1. Naturaleza jurídica de las actuaciones y omisiones entre particulares de naturaleza tributaria: no son actos administrativos. Suspensión de la ejecutividad de aquéllas actuaciones. Validez y eficacia de los actos administrativos.

En la **STS, Sec. 2ª, 31/10/2011, RC 3630/2009**, el Tribunal Supremo considera que determinados actos o negocios jurídicos derivados de una relación jurídico-tributaria entre particulares, además de los efectos, el alcance y las obligaciones que las partes hayan pactado, producen otros de carácter fiscal que pertenecen a la esfera o el ámbito del Derecho público porque vienen impuestos por la norma reguladora de cada tributo o por las generales para la aplicación de los mismos. Esas actuaciones entre particulares, además de constituir una manifestación más del deber general de contribuir consagrado en el artículo 31.1 de la Constitución Española, son actuaciones que, por su trascendencia tributaria, el legislador ha reservado la resolución de las eventuales discrepancias que surjan a los órganos de revisión de la Administración Pública. Sin embargo, el Alto Tribunal entiende que la circunstancia de que estas actuaciones u omisiones entre particulares con trascendencia tributaria se sometan a la previa reclamación económico-administrativa no significa que sean actos o actuaciones administrativas, ni tan siquiera que se las pueda equiparar.

El Tribunal Supremo recuerda que los actos de la Administración Pública gozan de una presunción de validez y eficacia ex artículo 57 de la LRJAP y

¹ La elaboración de la Crónica de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sido realizada por D. Pedro Escribano Testaut, Dña. Sandra María González de Lara Mingo y D. Juan José Carbonero Redondo, Magistrados del Gabinete Técnico, y por Dña. Diana Fernández Sánchez, Dña. Sonia Sanz Díaz, Dña. Africa Herrera Alonso, Dña. Carmen Fernández-Montalvo García, Dña. Cristina Gómez del Valle, Dña. Concepción Castro Alvarez, Dña. Carmen Lence Reija, D. Augusto González Alonso, D. Miguel Angel Ruiz López, D. David Martínez Borobio, D. José Ramón Aparicio de Lázaro, D. Alvaro Jiménez Bueso y D. Guillermo Ruiz Arnaiz, Letrados del Gabinete Técnico, bajo la coordinación de D. Pedro Escribano Testaut, y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

PAC, presunción *iuris tantum* que además de obligar al que discrepa a combatirlos, determina el privilegio de autotutela declarativa de la Administración, que no necesita de un tercero (un Tribunal de Justicia) para que sus actos innoven, modifiquen o cambien la realidad. Sus decisiones obligan de inmediato y han de ser cumplidas sin demora alguna, sin más requisitos que el de su previa notificación, publicación o aprobación superior, cuando resulten menester. No sólo no requieren un previo pronunciamiento judicial para ser directamente vinculantes, sino que la Administración que los produce puede por sí sola acudir a los medios coactivos necesarios para asegurar y garantizar su cumplimiento, sin tener que recabar una previa sentencia ejecutiva que así se lo reconozca, según establecen los artículos 94 y ss. de la LRJAP y PAC.

También se recuerda que en determinados supuestos la eficacia puede quedar demorada en los términos del citado artículo 57.2 LRJAP y PAC y la ejecutoriedad supeditada a lo que una ley disponga o sometida a la ulterior aprobación o autorización, según indica el artículo 94.1. También es posible que, en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y asegurar el posterior pronunciamiento sobre la legalidad del acto, sea preciso suspender la eficacia y ejecutoriedad del acto o de la actividad administrativa cuya legalidad es cuestionada con ocasión de su impugnación. Esta última medida de suspensión, que opera como una cautela, constituye el contrapeso de las prerrogativas de la Administración, a fin de asegurar la efectividad de un posible fallo o resolución anulatoria. En consecuencia, sólo tiene sentido y se justifica cuando estamos ante actos administrativos, puesto que ellos y sólo ellos gozan de la presunción de eficacia y son directa e inmediatamente ejecutivos.

Por tanto, el Alto Tribunal entiende que resulta inviable hablar de suspensión de la ejecutividad de una actuación que no goza de la misma, como ocurre en el caso de las actuaciones entre particulares, y ello porque no son ni tienen carácter ejecutivo y nunca han gozado de esa prerrogativa. La circunstancia de que la ley les anude determinadas consecuencias tributarias no convierte la repercusión o la retención tributarias realizadas por un particular en un acto o actividad administrativa, del mismo modo que las autoliquidaciones, máxima expresión de la obligación material y formal que tiene el obligado tributario de colaborar con la Administración, tampoco reúnen tal condición. En definitiva, las actuaciones de los sujetos pasivos carecen de la naturaleza de actos administrativos.

Por todo ello, la Sala Tercera entiende que no resulta ajustado a derecho decretar la suspensión del acto de retención tributaria realizado por un sujeto pasivo en el mecanismo interno del IVA porque tal repercusión nunca tuvo carácter ejecutivo, puesto que no se trataba de un acto o de una actividad administrativa.

1.2. Derecho de acceso a archivos y registros públicos. Concepto de “ciudadano” a estos efectos: no lo ostenta el Ayuntamiento demandante en las relaciones interadministrativas

La **STS, Sec. 5ª, 03/06/2011, RC 2849/2007**, merece ser destacada por el estudio que hace del concepto de "ciudadano" a efectos del derecho de acceso a archivos y registros públicos. El Ministerio de Medio Ambiente denegó, en la resolución impugnada en el litigio, la solicitud formulada por el Ayuntamiento del Valle de Longuida para que sus técnicos asesores pudieran supervisar la ejecución de las obra (de interés general) del Embalse de Itoiz. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid anuló dicha resolución en sentencia que ahora el Tribunal Supremo revoca en casación, desestimando el recurso contencioso-administrativo. Considera en esta última sentencia el Tribunal Supremo que: 1.-El Ayuntamiento demandante no ostenta la condición de "ciudadano", reconocida en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común como sujeto de determinados derechos. Sus relaciones con la Administración del Estado se rigen por otras reglas inspiradas en la cooperación y lealtad institucional. 2.- El derecho de información y acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas no comprende el de supervisar 'in situ' la ejecución de una obra pública. El Ayuntamiento recurrente podía haber solicitado los informes y documentos del expediente sobre el proceso de construcción y llenado del embalse, pero no exigir la visita de la obra.

1.3. Adopción inaudita parte, en el curso de un expediente sancionador, de medidas cautelares de clausura de una actividad empresarial.

La **STS, Sec. 5ª, 20/03/2012, RC 1501/2008**, analiza la posibilidad de adoptar *inaudita parte*, en el curso de un expediente sancionador, medidas cautelares de clausura de una actividad empresarial. A este respecto, dice la Sala que la adopción de la medida provisional *inaudita parte* requiere una específica motivación que exteriorice no sólo la procedencia de la medida y su justificación desde la perspectiva de salvaguardia del interés general y la protección de los bienes jurídicos concernidos, sino también la necesidad de prescindir del trámite de audiencia por existir una situación de inaplazable urgencia, esto es, de emergencia, que exige la adopción inmediata e inaplazable de la medida provisional, pues, si no existe esa situación de emergencia, lo procedente es oír a la parte afectada antes de acordar una medida provisional que al fin y al cabo repercutirá desfavorablemente sobre su esfera de intereses personales y patrimoniales

1.4. Suspensión en vía administrativa de un acto administrativo sancionador. Artículos 111 y 138.3 de la LRJAP y PAC. Suspensión administrativa por silencio de la ejecución de los actos administrativos impugnados en vía administrativa (artículo 111.3 de la LRJAP y PAC).

En esta sentencia (**STS, Sec. 5ª, 02/12/2011, RCA 508/2010**) el Tribunal Supremo parte de considerar que, conforme al artículo 138.3 de la LRJAP y PAC, las sanciones sólo son ejecutivas cuando hayan puesto fin a la vía administrativa, lo que significa que la Administración no puede ejecutar una sanción recurrida en vía administrativa o impugnada en sede jurisdiccional hasta que el Juez administrativo no se pronuncie sobre la medida cautelar solicitada. Por supuesto, si no se solicita la medida cautelar ante el órgano

judicial, la sanción será ejecutiva a pesar de esa impugnación jurisdiccional. En definitiva, un acto administrativo sancionador no puede ejecutarse hasta que haya puesto fin a la vía administrativa y no se haya interpuesto recurso contencioso-administrativo, porque si se interpone éste y se solicita la medida cautelar de suspensión, hay que esperar a que el Juez o Tribunal se pronuncien.

Respecto a la interpretación del artículo 111 de la LRJAP y PAC, el Alto Tribunal alcanza la siguiente conclusión: el artículo 111.3 regula la suspensión administrativa por silencio, de manera que se impone la suspensión cautelar en vía administrativa cuando han transcurrido 30 días sin que el órgano administrativo haya decidido sobre la suspensión instada. Ese plazo no puede contarse de fecha a fecha (como si se tratara de un plazo de 1 mes), sino por días hábiles (excluyendo, por tanto, sólo los domingos y festivos). El *dies a quo* del cómputo del plazo no es desde su presentación en una oficina de correos (como establece con carácter general en el procedimiento administrativo el artículo 38.4 de la LRJAP y PAC), sino desde que tiene entrada en el registro del órgano competente para resolver. El *dies ad quem* es el del dictado de la resolución expresa, lo que es interpretado por el Tribunal Supremo como aquel en que fue notificado el acto sin que se rebase en ningún caso el plazo de 10 días que fija el artículo 58 de la LRJAP y PAC para la práctica de la notificación.

1.5. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general: informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas. Procedimiento subvencional: memoria del órgano gestor e informe del Ministerio de Economía y Hacienda.

En la **STS, Sec. 3ª, 14/11/2011, RCA 1/2008**, el Tribunal Supremo entiende, con carácter general, que la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, requiere un informe previo del extinto Ministerio de Administraciones Públicas (hoy, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) cuando la norma reglamentaria pueda afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ahora bien, el Alto Tribunal entiende que si efectivamente el proyecto de disposición fue conocido e informado por dicho Ministerio, es irrelevante que el mismo no haga observación expresa alguna sobre la cuestión competencial si existe un informe de la Secretaría General Técnica que debió tener presente dicha cuestión, esto es, que dicho órgano no apreció que existiese invasión competencial alguna.

En todo caso, la exigencia del artículo 24.3 de la Ley del Gobierno atiende la finalidad fundamental de que el Ministerio de Administraciones Públicas conozca de la elaboración de toda disposición general que pueda afectar a la distribución competencial al objeto de que pueda manifestar su criterio al respecto.

Sobre el procedimiento subvencional, el Tribunal Supremo concluye que cuando en el expediente administrativo quedan suficientemente acreditadas las razones de interés público, social, económico o humanitario para otorgar una subvención, ya sea en la exposición de motivos de la norma como en otros documentos e informes, se priva de relevancia a la ausencia de la memoria del

órgano gestor de la subvención que exige el Reglamento de la Ley de Subvenciones. Ese defecto, a juicio del Alto Tribunal, no es determinante de la anulabilidad prevista en el artículo 63 de la LRJAP y PAC. Asimismo, el TS consagra que el hecho de no contar en un procedimiento subvencional con el informe del Ministerio de Economía y Hacienda (como sería deseable conforme al Reglamento de la Ley General de Subvenciones) no significa necesariamente que dicho departamento no participase en el procedimiento de elaboración de la norma y que se pudo pronunciar sobre las cuestiones que la legislación aplicable establece. Si no lo hizo así ello puede responder a que no lo considerase preciso por entender justificada la previsión de conceder las subvenciones directas de que se trata o por inadvertencia, pero en ninguno de los dos casos invalida la presencia del informe y no puede, en consecuencia, acarrear la nulidad de una disposición reglamentaria que otorga una subvención.

1.6. Potestad reglamentaria. Reglamentos ejecutivos de las leyes: rango normativo. Necesidad de que se aprueben mediante Real Decreto. Insuficiencia de la Orden Ministerial.

La **STS, Sec. 5ª, 04/11/2011, RC 6062/2010** contiene una detallada exposición sobre la dogmática de los reglamentos ejecutivos de las leyes en las materia vinculadas por la reserva de Ley, resaltando en primer lugar la necesidad de que se aprueben mediante Real Decreto. Así, entiende la Sala, con apoyo en los artículos 4 y 5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que *“en las materias vinculadas por la reserva de ley, la remisión de la Ley al reglamento no puede serlo a cualquier norma reglamentaria. La potestad de dictar los reglamentos ejecutivos de desarrollo y ejecución de las leyes compete al Consejo de Ministros mediante Real Decreto, quedando para los Ministros individualmente considerados la competencia para dictar las Ordenes Ministeriales que se limitan a fijar un último escalón descendente de concreción normativa de los aspectos más estrictamente técnicos y organizativos propios del sector funcional homogéneo que constituye cada Ministerio”* (FJ 3º). Considera la sala que tal diferenciación -en cuanto al ejercicio de la potestad reglamentaria- entre los respectivos ámbitos funcionales del Consejo de Ministros -órgano superior colegiado de dirección de la Administración- y los Ministros no es caprichosa ni infundada, toda vez que *“siendo, en efecto, el desarrollo “ejecutivo” de la Ley una labor que requiere de la integración multidisciplinar de las diferentes áreas de la Administración en un enfoque unitario, su aprobación sólo puede hacerse con plenitud de conocimiento y garantías en el Consejo de Ministros, donde convergen las diferentes perspectivas sectoriales en una unidad de análisis y decisión”* (FJ 3º).. Sobre esta base, concluye el Tribunal Supremo que *“si un Real Decreto, sedicentemente ejecutivo de una Ley, realmente no contuviera una regulación material reconocible como tal desarrollo y ejecución, sino que se limitase a formular una nueva y sucesiva remisión a las normas reglamentarias inferiores, de manera que fueran éstas las que, de hecho, incorporasen la regulación material de desarrollo, se produciría una subversión del sistema de fuentes descrito, pues por encima del sólo aparente y formal desarrollo de la Ley a través del Real Decreto, la realidad sería que ese desarrollo se habría hecho, en lo que tiene de funcional y operativo, a través*

de las Ordenes Ministeriales y/o disposiciones de autoridades y órganos inferiores según el orden de su respectiva jerarquía, con el resultado de que para aprehender el contenido funcional del mandato legal, el destinatario de la norma se vería obligado a integrarlo no sólo con la reglamentación operada a través del Real Decreto sino también y sobre todo con esas normas reglamentarias inferiores; con grave afección de los principios de legalidad y seguridad jurídica” (FJ 3º).

1.7. Potestad reglamentaria: sus límites. Trámites en el procedimiento de elaboración y de modificación de una disposición administrativa de carácter general. Audiencia pública.

El Alto Tribunal (STS, Sec. 4ª, 13/10/2011, RCA 304/2010), recordando jurisprudencia ya consolidada por la misma Sala, entiende que para que el ejercicio de la potestad reglamentaria sea legítimo debe realizarse dentro de unos límites cuyo control corresponde a los Tribunales de Justicia. Así, además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, el TS considera exigencias y límites formales del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley (arts. 9.3, 97 y 103 CE), como interna respecto de los propios Reglamentos, ex artículo 23 Ley del Gobierno; la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 52.2 de la Ley 30/1992); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105.1 CE y regulado en el artículo 24 de la Ley del Gobierno.

En relación con el trámite de audiencia dentro de ese procedimiento, la razón última de la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de los reglamentos es contribuir al acierto y legalidad del texto que se aprueba, propiciando que se tengan en cuenta todos los puntos de vista desde el que la cuestión objeto de regulación pueda ser analizada, enriqueciendo, en definitiva, la disposición general, mediante las observaciones de los sectores, personas o entidades consultadas.

Por tanto, en la elaboración de las disposiciones reglamentarias, la observancia del procedimiento tiene un carácter formal *ad solemnitatem*, de modo que la omisión o defectuoso cumplimiento del mismo arrastra la nulidad de la disposición que se dicte, según jurisprudencia reiterada. Por tanto, el procedimiento constituye un límite importante al ejercicio de la potestad reglamentaria.

Respecto a los trámites procedimentales aplicables a las modificaciones de las disposiciones reglamentarias, el Tribunal Supremo dispone que si bien es cierto que la modificación de una disposición general debe, en principio, llevarse a cabo cumpliendo el mismo procedimiento que prevé el artículo 24 de la Ley 50/1997, ello es exigible en el supuesto en que el trámite correspondiente sea de los que exige la ley como preceptivos, o de los que siendo de aquellos que discrecionalmente puede o no acordar la Administración que dio la orden de proceder a la elaboración del reglamento, se estime conveniente para garantizar el acierto y la legalidad del texto.

En relación concreta con el trámite de audiencia pública en el

procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, el Tribunal Supremo considera que la audiencia es preceptiva en el caso de asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan "por Ley" la representación a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Gobierno. Sin embargo, hay matizaciones: aquellas asociaciones voluntarias que personándose en el procedimiento invoquen -y pertenezca a su ámbito socialmente legítimo- que la disposición por su objeto afecta a intereses directos, a cuya defensa se ordene la asociación, podrán comparecer en el expediente y en él tener la participación y garantía que es propia de la audiencia prevista en los artículos 105 a) CE y antiguo artículo 130.4 LPA. En el caso de autos, aunque se esté ante asociaciones voluntarias que no tienen conferida por la ley la representación de intereses generales, sin embargo los suyos se ven directamente afectados por la disposición reglamentaria impugnada; aunque estas entidades surgen al amparo del artículo 22 CE, no puede desconocerse que - al igual que a los sindicatos el artículo 7 CE - se les atribuye una especial posición y que la participación en el proceso de formación de los reglamentos es una forma cualificada de hacer los intereses que representan. En consecuencia, en el caso concreto que enjuicia en esta sentencia el Tribunal Supremo, se debió de abrir un trámite de audiencia a las asociaciones firmantes con el Consejo Superior de Deportes de un Convenio Marco de Colaboración suscrito el 21 de marzo de 2006, cumpliendo de ese modo el compromiso contraído por la Administración con las mismas. Y además, el TS entiende que se debió extender ese trámite de audiencia a los interesados, bien directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición, cumpliendo así con el artículo 24 de la Ley del Gobierno. Esa audiencia pública ha de producirse durante un plazo razonable y no inferior a 15 días hábiles, si bien ese trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de 7 días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. En ese mismo artículo la Ley del Gobierno sólo excusa la omisión de la audiencia cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan, y obliga a quien decida la audiencia a motivar el procedimiento escogido para realizarla. En conclusión, a juicio del Tribunal Supremo, la ausencia de ese trámite de audiencia pública constituye una causa de nulidad de pleno derecho.

Además, se concluye que si la modificación introducida en una disposición administrativa de carácter general es sustancial, es necesario abrir un nuevo trámite de audiencia a las asociaciones, corporaciones o entidades representativas de intereses legítimos que guarden relación directa con el objeto de la disposición, así como un nuevo informe de la Secretaría General Técnica o dictamen del Consejo de Estado. En caso contrario, se incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho ex artículo 62 de la LRJAP y PAC.

1.8. Procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general. Trámites preceptivos: memoria económica y memoria justificativa.

En la **STS, Sec. 4ª, 16/12/2011, RC 6507/2009**, el Tribunal Supremo aborda el análisis de los trámites necesarios en el procedimiento de

elaboración de disposiciones administrativas de carácter general. Así, se recuerda que tanto la memoria económica como la justificativa pueden ser sucintas, pero deben cumplir su finalidad propia, es decir: la memoria económica debe proporcionar al Gobierno una información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo éstos con las ventajas que aquéllas han de representar, evidenciadas en la memoria justificativa, la decisión se adopte con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar. La memoria justificativa pone de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a éstos las razones de la decisión, cumpliendo una función análoga a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en el artículo 3.5 de la LRJAP y PAC.

Ahora bien, el Alto Tribunal recuerda que el deber de motivación constituye una garantía del actuar administrativo, pero que no tiene la misma plasmación jurídica en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que en el procedimiento administrativo, al engarzarse en aquel caso en los presupuestos constitucionales sobre la justificación de la norma reglamentaria.

Por lo que respecta en concreto a la memoria económica, el Tribunal Supremo consagra que aunque no quepa exigir una ponderación detallada y exacta de todos los costes que pueda suponer la aprobación de la disposición reglamentaria, al tratarse de datos que no se puedan determinar con absoluta precisión en el momento de aprobarse aquélla, al menos se requiere la elaboración de una estimación aproximada que tenga en cuenta las variables que puedan producirse. De hecho, el TS ha considerado aceptables memorias económicas en las que se afirma que el reglamento en cuestión no tendría incidencia en el gasto público si la parte recurrente no ha acreditado que esa apreciación era incorrecta, de donde resultaría la nulidad de la disposición si habiendo afirmado la memoria que el proyecto no tiene incidencia sobre el gasto público el recurrente hubiera probado lo contrario o cuando no existe memoria económica. En todo caso, el Alto Tribunal considera esencial determinar el impacto económico global de la aplicación de una disposición general cualesquiera fuere el ámbito concernido, máxime cuando disposiciones de inferior rango muestran los apartados que debe comprender por lo que no se evidencia, a priori, dificultad alguna en su cumplimentación. El TS rechaza los razonamientos estereotipados en una actuación que puede llegar a generar consecuencias económicas negativas, al igual que rechaza una mera remisión a la dotación presupuestaria (ampliable) consignada en los presupuestos generales del Estado; la memoria económica debe tener en cuenta todas las repercusiones económicas que para el sector público pudiera tener la disposición que se pretendiera aprobar.

En consecuencia, el incumplimiento de las exigencias de la memoria económica y de la justificativa da lugar a la declaración de nulidad de pleno Derecho prevista en el artículo 62.2 de la LRJAP y PAC.

1.9. Notificaciones defectuosas (artículo 59 de la LRJAP y PAC).

En la **STS, Sec. 2ª, 11/11/2011, RC 6212/2010**, el Tribunal Supremo recuerda otros pronunciamientos anteriores en los que se consolidó un *corpus* jurisprudencial respecto a las notificaciones en el procedimiento administrativo. Así, se consagra que la eficacia de las notificaciones se encuentra estrechamente ligada a las circunstancias concretas del caso, lo que comporta inevitablemente un importante grado de casuismo en la materia. El punto de partida de esta labor es reconocer que los actos de notificación cumplen una función relevante, ya que, al dar noticia de la correspondiente resolución, permiten al afectado adoptar las medidas que estime más eficaces para sus intereses, singularmente la oportuna interposición de los recursos procedentes.

Una notificación defectuosa puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, y en este supuesto la doctrina sentada en relación con los actos de comunicación procesal practicados por los órganos judiciales resulta aplicable *mutatis mutandis* a las notificaciones de los actos y resoluciones efectuadas por la Administración. Así sucede, en particular: a) cuando el vicio en la notificación haya dificultado gravemente o impedido al interesado el acceso al proceso; b) cuando falte la notificación personal del inicio de la vía de apremio, aunque se haya podido impugnar la liquidación tributaria; y c) cuando en el ámbito de un procedimiento sancionador no se haya emplazado al interesado, causándole indefensión, pese a que podía ser localizado a partir de los datos que obraban en el expediente. Ahora bien, en materia de notificaciones únicamente lesiona el artículo 24 CE la llamada indefensión material y no la formal, impidiendo el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar al interesado la resolución con el fin de poder mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución. Ello significa que si, pese a los vicios de cualquier gravedad en la notificación, puede afirmarse que el interesado llegó a conocer el acto o resolución por cualquier medio -y, por lo tanto, pudo defenderse frente al mismo-, o no lo hizo exclusivamente por su negligencia o mala fe, no cabe alegar lesión alguna de las garantías constitucionales, dado el principio antiformalista y el principio general de buena fe que rigen en esta materia.

En el caso de autos, la notificación se practicó en un domicilio distinto al que figuraba en el expediente administrativo (domicilio que fue indicado por el interesado a un agente de la autoridad en un momento determinado), lo que lleva a concluir que dicho procedimiento fue absolutamente contrario a derecho porque se conocía el domicilio verdadero y oficial del destinatario, lo que vicia de nulidad todo el expediente a partir del acuerdo de incoación, no pudiendo invocar la doctrina de los actos propios en relación con el interesado. El Alto Tribunal concluye que el procedimiento se desarrolló a espaldas y sin conocimiento del interesado, que no pudo en ningún momento utilizar los medios de defensa pertinentes en el procedimiento administrativo.

2. Administraciones públicas

2.1. Competencias de las Administraciones Públicas. Concurrencia de competencia exclusiva estatal en materia de Defensa Nacional y competencia autonómica de urbanismo y ordenación del territorio.

La **STS, Sec. 5ª, 23/03/2012, RC 6099/2008**, examina el problema de la concurrencia y eventual colisión de títulos competenciales propios del Estado y las Comunidades Autónomas sobre el mismo espacio físico, estableciendo unos criterios para la determinación del título competencial preferente. Así, Con remisión a la doctrina jurisprudencial recogida en la precedente STS de 22 de marzo de 2011 (RC 1845/2006), recuerda la Sala que las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio y medio ambiente no pueden terminar desvirtuando las competencias que la propia Constitución reserva con carácter exclusivo al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio, ya que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esa competencia exclusiva por la existencia de las otras competencias, aunque sean también exclusivas, de las Comunidades autónomas y los entes locales, pues ello equivaldría a la negación de la misma competencia que le atribuye la Constitución. No se puede olvidar que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva (como la aquí concernida), lo hace bajo la consideración de que la atribución competencial a favor del Estado presupone la concurrencia de un interés general superior al de las competencias autonómicas, aunque, para que el condicionamiento legítimo de las competencias autonómicas no se transforme en usurpación ilegítima, resulta indispensable que el ejercicio de esas competencias estatales se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarla para proceder, bajo su cobertura, a una regulación general del entero régimen jurídico de la ordenación del territorio. Ciertamente, en estos casos en que el marco competencial diseñado por la Constitución determina la coexistencia de títulos competenciales con incidencia sobre un mismo espacio físico, se hace imprescindible desarrollar técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas, ahora bien, cuando los cauces de composición voluntaria se revelan insuficientes, la resolución del conflicto sólo podrá alcanzarse a costa de dar preferencia al titular de la competencia prevalente, que desplazará a los demás títulos competenciales en concurrencia.

Situada en esta perspectiva la Sala enfatiza la relevancia del título competencial estatal relativo a la Defensa Nacional, señalando que *"la Defensa nacional constituye un ámbito de competencia estatal (art 149.1.4 CE) que bien puede calificarse de rigurosamente exclusiva, en el sentido de que las Comunidades Autónomas no ostentan competencias de ninguna clase sobre él. Por lo demás, se trata de un sector de la actividad estatal cuya relevancia ha sido resaltada por el Tribunal Constitucional, que se ha referido en numerosas resoluciones a "los altos fines que el art. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional" (STC 179/2004 de 21 de octubre, entre otras)". Obviamente, en la medida que las actividades ligada a la Defensa tienen una indudable proyección o repercusión territorial, resulta obligado articular en su regulación y desenvolvimiento las técnicas de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativas a que acabamos de referirnos, pero siempre partiendo de la base de que el Estado no puede verse privado del ejercicio de esas competencias exclusivas so pretexto de la competencia medioambiental de la Administración autonómica". (FJ 4º)*

3. Bienes públicos

3.1. Concepto de “depuración de la situación física y jurídica” de los bienes de la Administración objeto de subasta, incluye la definición de los derechos de los ocupantes. Adjudicación provisional de inmueble propiedad del Estado. La previa depuración de la situación jurídica del inmueble, no basta entenderla como efectuada con el deslinde y la inscripción en el registro de la propiedad si hay otros documentos o hechos que prueban la improcedencia de la venta. También es necesaria la definición de los derechos de terceros que pueden recaer sobre el inmueble.

En la **STS, Sec. 3ª, 23/11/2011 RC 1440/2009**, se parte de que en la instancia se desestimó el recurso contra la Orden Ministerial que declaraba improcedente, por falta de la previa depuración física y jurídica del inmueble, la adjudicación provisional en subasta de una finca patrimonial del Estado a favor del recurrente. El TS desestima el recurso de casación e interpreta el concepto de depuración de la situación jurídica de una finca previsto en los artículos 136 y 138.4 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en relación con el artículo 118 del Real Decreto 3588/1964). Es correcto el criterio que considera insuficiente la previa depuración de la situación jurídica de la finca con el deslinde e inscripción en el Registro de la Propiedad (art.136) si existen documentos fehacientes o hechos acreditados que prueben la improcedencia de la venta (art. 138.4). La concreción de los derechos de los ocupantes del inmueble objeto de enajenación no puede considerarse extraño a la depuración de su situación jurídica por cuanto constituye un presupuesto imprescindible para ello.

3.2. La afección de un plan urbanístico sobre bienes públicos de otra Administración, vías pecuarias, no determina que deba ser aprobado por esta Administración, sino que el plan deberá ser aprobado conforme a lo que establezca la legislación urbanística.

En la **STS, Sec. 5ª, 29/03/2012 RC 5445/2009** se casa la sentencia de instancia que había estimado sendos recursos contencioso-administrativos, al entender que el Ayuntamiento que había aprobado un plan parcial era incompetente, pues afectando a vías pecuarias el municipio no tiene competencia sobre ellas, correspondiendo por ello su aprobación definitiva a la Administración Autónoma.

El Tribunal Supremo entiende que las competencias sectoriales en materia de vías pecuarias, por lo que se refiere a su desafectación, alteración de trazado, etc, no cambian las competencias para la aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico. La legislación de vías pecuarias no determina la competencia para la aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística.

El Tribunal Supremo aclara que la aprobación definitiva de un instrumento de planeamiento urbanístico, por más que este contenga

determinaciones sobre el destino o uso del suelo, no comporta por sí misma la alteración del régimen jurídico de bienes demaniales que no son de titularidad municipal.

3.3. Vías pecuarias. Desafectación de vías pecuarias en tramos de suelo urbano o urbanizable sin deslinde previo para su incorporación como bien patrimonial autonómico. De una interpretación sistemática de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias, se desprende que es necesario el deslinde previo a la desafectación, es decir, la previa concreción y delimitación física de los terrenos.

En la **STS, Sec.5ª, 26/04/2012 RC 5491/2009**, el objeto del recurso en la instancia era un acuerdo autonómico de desafectación parcial de la vía pecuaria porque se había desafectado el terreno sin que previamente se hubiera deslindado la vía pecuaria, y posteriormente se incorporaba como bien patrimonial de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el Inventario General de Bienes y Derechos. En la instancia se desestimó el recurso por aplicación de una norma autonómica que preveía que procede la desafectación de los tramos de vías pecuarias que discurren por suelos clasificados por el planeamiento vigente como urbanos o urbanizables, que hayan adquirido las características de suelo urbano, previéndose un procedimiento específico de desafectación que sustituye y hace innecesario el deslinde.

El Tribunal Supremo casa la sentencia al entender que se vulnera la necesidad de la práctica del deslinde de las vías pecuarias previsto en la Ley 3/1995, de 23 de marzo. La Sala recuerda los perfiles del deslinde de vías pecuarias, entre los que destaca por ejemplo la necesidad del trámite de audiencia, que también prevé el artículo 52.c) de la 33/2003, de 3 de noviembre, de la LPAP. La desafectación del bien porque no sea adecuado para el tránsito del ganado ni sean susceptibles de usos compatibles, requiere una secuencia lógica temporal de forma tal que, el deslinde es consecuencia o requiere la previa clasificación, y, por su parte, la desafectación es consecuencia de un previo deslinde, siendo por todo ello preciso que con anterioridad se tramite y apruebe el deslinde del bien demanial. Así se desprende de una interpretación sistemática del conjunto del ordenamiento jurídico, no siendo ajustado derecho obviar el paso intermedio y proceder a desafectar una vía pecuaria sin antes haberse procedido a su deslinde físico. Apoya tal afirmación lo previsto en el artículo 54.1 de la LPAP en relación a los terrenos sobrantes de los deslindes de inmuebles demaniales por ser innecesarios para los usos propios o compatibles con el carácter demanial, el sobrante aparece como consecuencia del mismo y previo deslinde. Los bienes desafectados deben estar previa y completamente concretados y delimitados, finalidad que se consigue con el previo deslinde, por lo que, en lógica consecuencia, solo pueden desafectarse las vías pecuarias que previamente ha sido deslindadas, como así se indica también alguna de la normativa sectorial de dominio público (Ej. art. 18.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas).

La clasificación del suelo como urbano o urbanizable opera única y exclusivamente como causa para poder proceder a la desafectación prevista en

el artículo 10 de la LVP, por entender que tal destino urbano no es uso compatible ni complementario de los previstos en los artículos 16 y 17 de la indicada Ley de Vías Pecuarias, pero, en ningún caso, hace innecesario el previo deslinde so pena de provocar, como con acierto denuncia la recurrente, un deslinde encubierto, con los efectos propios de éste pero sin observar, previamente, el procedimiento legalmente previsto.

En definitiva, que la Administración no puede proceder a desafectar una vía pecuaria sin que previamente haya sido deslindada, pues, en caso contrario, la desafectación, con ausencia procedimental y sin previa concreción física, tendría el mismo efecto delimitador que el deslinde.

3.4. Aprovechamientos de montes de utilidad pública, valor de la costumbre como fuente normativa en la regulación de los bienes comunales y, en concreto, del aprovechamiento en montes de utilidad pública. La norma autonómica no puede relegar el valor de la costumbre.

En la **STS, Sec.3ª, 07/06/2012 RC 1728/2009**, el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina de las también recientes sentencia de 12/01/2012 (RC 691/2008), y de 17/02/2012 (RC 6089/2008), establece que no cabe minusvalorar el valor de la costumbre como fuente de nuestro ordenamiento. En la instancia se recurría el Plan técnico anual de aprovechamientos de montes de utilidad pública, el TS confirma la sentencia de la Sala de instancia que había anulado el plan y reconocido el derecho de los vecinos de un municipio a determinados aprovechamientos de pastos en monte de otro municipio, tratándose del disfrute de pasto por ganado perteneciente a residentes en ambos municipios desde hace tiempo.

De conformidad con el art.75.2 del RDL 781/1986, de 18 de abril, TRRL, y art.1.2 y 95 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, RBEL, el aprovechamiento se ajustara a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas, o a las que, cuando fuere procedente, apruebe el órgano competente de la Comunidad Autónoma. No cabe anteponer las facultades autonómicas para la ordenación de los pastos en detrimento de la costumbre del lugar.

3.5. Impugnación del acuerdo de recuperación posesoria del dominio público marítimo terrestre en un caso de instalaciones anteriores a la Ley de costas de 1988 pero sin título de ocupación con arreglo a la normativa anterior a la Ley. El régimen de concesión previsto en la DT 1.4ª de la LC, tiene como condicionante un deslinde previo anterior a la entrada en vigor de la LC1988, y sólo cabe para las obras e instalaciones "legalmente construidas".

En la **STS, Sec. 5ª, 26/04/2012 RC 6151/2009**, se recurrían los acuerdos administrativos de recuperación posesoria del dominio público marítimo-terrestre ocupados por las instalaciones de caseta-cocina, caseta-almacén, bar de temporada y una solera de hormigón. El recurrente fundamentaba su impugnación en la improcedencia de la recuperación posesoria acordada

atendido el derecho del recurrente a que le sea otorgada una concesión demanial en virtud de lo dispuesto en la DT 4ª de la Ley de Costas. La Sala de instancia entiende que el posible derecho de concesión es ajeno al acto recurrido de recuperación posesoria que habrá de ser objeto de examen posterior caso de que, conforme al dictado de dicha DT, dicho derecho de concesión sea efectivamente reclamado, cosa que el recurrente no hizo.

En casación se desestima el recurso. Se planteaba la falta de aplicación de la DT1ª.4 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (LC) y también se alegaba la vulneración del artículo 33 de la Constitución Española (CE). Pero en el supuesto no había deslinde anterior a la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988, y además las instalaciones carecían de título de ocupación de las instalaciones con arreglo a la normativa anterior. Y es que una vez practicado el deslinde este tiene los efectos de la DT 3ª del Reglamento de la Ley, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, en el que se establece que en los tramos de costa en que el dominio público marítimo-terrestre no esté deslindado o lo esté parcialmente a la entrada en vigor de la Ley de Costas, se procederá a la práctica del correspondiente deslinde, cuya aprobación surtirá los efectos previstos en los artículos 13 de la Ley y 28 y 29 de este Reglamento y su apartado 4 prevé que las instalaciones "legalmente construidas" que resulten contrarias a lo previsto en la Ley de Costas, quedarán sujetas al régimen de la DT 4ª.2 y DT 13ª del Reglamento, allí se prevé una concesión que sólo cabe para las obras e instalaciones "legalmente construidas", lo que aquí no concurre, como se ha dicho, al no haberse llevado a efecto las instalaciones litigiosas con la correspondiente autorización. Y en esos casos es procedente la demolición, al no proceder su legalización, y sin indemnización como señala la STC nº 149/1991, por ser obras realizadas al margen o con infracción de la propia legislación de costas vigente en el momento en que lo fueron.

3.6. Artículo 49.3 del Reglamento de la Ley de Costas. El informe que preceptivamente debe emitir la Administración del Estado es vinculante para la Comunidad Autónoma

La **STS 22/02/2012, RCIL 67/2011**), con estimación del recurso de casación en interés de la Ley, fija como doctrina legal la siguiente: «*En los supuestos contemplados por el artículo 49.3 del Reglamento de la Ley de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, las Comunidades Autónomas sólo podrán autorizar el uso, la ocupación o la realización de obras en la zona de servidumbre de tránsito cuando el Servicio Periférico de Costas del Ministerio otorgue su conformidad a esa autorización, la que deberá recoger preceptivamente las observaciones que, a dichos efectos, haya formulado el indicado Servicio Periférico de Costas*»,

4. Contratación administrativa.

4.1. Urbanismo. Programas de actuación integrada. Selección del agente urbanizador Sometimiento a los principios de la contratación administrativa. Incidencia de la STJUE de 26 de mayo de 2011 sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Las **SSTS, Sec. 5ª, 04/04/2012, RRC 6378/2008, 6460/2008 y 6531/2008**, consolidan la doctrina jurisprudencial que ha declarado que en la selección del Agente Urbanizador se deben respetar los principios de publicidad y libre concurrencia, recogidos en la Legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas, que han incorporado al ordenamiento interno las Directivas comunitarias 93/37 y 2004/18 sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras y de servicios. Esta doctrina jurisprudencial se mantiene aun teniendo en cuenta la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de mayo de 2011, recaída en el asunto C-306/08, sobre las Directivas 93/37/CEE y 2004/18/CE y la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma Valenciana, pues, como advierte la sentencia dictada en el RC 6460/2008 (FJ 8º), esta sentencia del TJUE *“se limita a desestimar la pretensión de la Comisión Europea frente al Reino de España porque aquélla no demostró que el objeto principal del contrato celebrado entre el Ayuntamiento y el urbanizador correspondiese a un contrato público de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, de lo que no cabe deducir, según tratan de explicar las Administraciones ahora recurrentes con la tesis que mantienen en estos tres motivos de casación, que en la adjudicación del Programa de Actuación Urbanística al agente urbanizador no haya que respetar, como exige la Sala de instancia siguiendo la doctrina jurisprudencial, los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación, publicidad y transparencia, que, según hemos indicado, han sido incorporados tanto por la legislación estatal vigente sobre suelo como por la Ley urbanística valenciana 16/2005, de 30 de noviembre. Esta Sala del Tribunal Supremo, en las Sentencias citadas por la Sala de instancia en la recurrida, no ha definido la naturaleza jurídica de la selección del urbanizador en el ordenamiento urbanístico valenciano, es decir que nunca se pronunció sobre el significado jurídico de la adjudicación de los Programas de Actuación Urbanística al agente urbanizador, sino que declaró que, dada su finalidad, tal adjudicación debía respetar los principios recogidos en la legislación estatal de contratos de las Administraciones Públicas, que había incorporado los principios que las tan repetidas Directivas comunitarias exigen en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de obras o de servicio”*.

4.2. Aplicación de las normas de contratación pública a un convenio de colaboración suscrito entre Correos y Telégrafos y el Ministerio del Interior.

En la **STS, Sec. 7ª, 20/03/2012, RCA 819/2009**, la Sala aborda la cuestión de la naturaleza jurídica de un convenio de colaboración suscrito entre la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA y el Ministerio del Interior, cuyo objeto era la prestación de servicios postales y telegráficos por parte de Correos sobre determinados productos, a favor del Ministerio. La sentencia de la instancia había estimado el recurso contencioso administrativo interpuesto invocando, para justificar su fallo estimatorio, la doctrina contenida en la Sentencia de 18 de diciembre de 2007 dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la cuestión prejudicial C-220/06 así como los razonamientos contenidos en la Sentencia de 18 de abril de 2008 de la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto al considerar que el convenio litigioso no constituye un acto unilateral sino un acto de naturaleza contractual sobre servicios postales liberalizados y no reservados que no pueden adjudicarse al margen de las normas de adjudicación de contratos públicos del Derecho Comunitario. Sólo sería posible la celebración de un convenio de colaboración cuando su objeto quedase totalmente limitado a la prestación de servicios postales reservados en exclusiva a la Sociedad Correos y Telégrafos SA en su condición de proveedor del servicio postal universal en España.

Esta conclusión se alcanza partiendo de los aspectos fácticos que sobre Correos han sido apreciados tanto por la Audiencia Nacional como por la sentencia recurrida en la presente casación, para cumplir con las verificaciones que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea exige para que resulte procedente la aplicación de su doctrina, esto es, que Correos, en tanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza su parte esencial de actividad con la Administración Pública en general sino que presta sus servicios a un número indeterminado de clientes del servicio postal y, además, el convenio tiene un contenido prestacional oneroso y bilateral del que no resulta un total desequilibrio obligacional para la Sociedad Anónima Estatal de tal manera que los servicios postales que se obliga a prestar a favor del Ministerio lo sean en condiciones que se aparten significativamente de las condiciones -económicas y de otra índole- de sus ofertas comerciales normales.

4.3. Adjudicación de concesión en exclusiva de servicio de transporte realizada al amparo de Ley autonómica. Sentencia del TJUE que condena al Reino de España por incumplimiento al ser la referida Ley contraria a Reglamento comunitario. Derogación por la Comunidad Autónoma de la Ley y posterior declaración de oficio de la nulidad de pleno derecho de la concesión. La sentencia del TJUE no anula la Ley autonómica, que debía considerarse válida, al no haber sido anulada por el TC y vigente hasta su derogación, siendo igualmente válido el acto realizado en su aplicación. El cumplimiento de la Sentencia del TJUE obliga a poner fin a la concesión; pero por medio diferente al de la declaración de nulidad de pleno derecho inexistente.

En la **STS, Sec. 7ª, 23/05/2012, RC 7113/2010**, la Sala estima el recurso interpuesto por la sociedad mercantil recurrente, casa y anula la sentencia que desestimó el recurso contra la resolución de 17 de julio de 2008 del Secretario General de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes (por delegación de su titular), por la que se declaró la nulidad de pleno derecho de la concesión del servicio público del transporte de personas en la Ría de Vigo y entre ésta a las islas Cíes, adjudicado por resolución de 5 de noviembre de 1999.

En el caso examinado por el Tribunal se da la particularidad de que estamos ante la adjudicación de una concesión en exclusiva de servicio de

transporte realizada al amparo de Ley 4/1999, de declaración de servicio público de titularidad de la Junta de Galicia del transporte público marítimo de viajeros en la ría de Vigo, que posteriormente una Sentencia del TJUE condena al Reino de España por incumplimiento al ser la referida Ley contraria a Reglamento comunitario, en cumplimiento de la Sentencia del TJUE, la Comunidad Autónoma procede a la derogación de la Ley4/1999 y posterior declaración de oficio de la nulidad de pleno derecho de la concesión.

La Sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la declaración de la nulidad de pleno derecho.

El Tribunal Supremo dicta sentencia estimatoria del recurso de casación y a su vez estima del recurso contencioso-administrativo. El Tribunal Supremo estudia, por primera vez, cual es la eficacia de la sentencia del TJUE dictada en recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas, con arreglo al artículo 226 CE, y llega a la conclusión de que no anula la Ley autonómica, que debía considerarse válida, al no haber sido anulada por el TC y vigente hasta su derogación, siendo igualmente válido el acto realizado en su aplicación. El cumplimiento de la Sentencia del TJUE obliga a poner fin a la concesión; pero por medio diferente al de la declaración de nulidad de pleno derecho inexistente.

El Tribunal declara que *“Al respecto la interpretación tanto de la resolución recurrida, como de la sentencia, del Art. 62.1.f Ley 30/1992 («f) Los 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.») no resulta aceptable.*

Las causas de nulidad radical deben interpretarse de manera restrictiva; y la dicción literal del apartado f) no deja dudas a que se refiere a que, en este caso el adjudicatario de la concesión, carezca de los requisitos esenciales para la adquisición (capacidad de obrar, solvencia económica, financiera...), interpretación que se refuerza con la lectura del artículo 62, b) del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El hecho de que la Ley 4/1999, fuese contraria al Derecho de la Unión Europea, no determina de por sí una carencia de los requisitos esenciales para la concesión, estando ésta, como estaba, cubierta por la Ley nacional, y ajustándose, como se razona en el motivo, a lo regulado en el art. 155.2 del Texto Refundido de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, bajo cuya vigencia se adjudicó a la recurrente la concesión”(FJ 7º).

4.4. Resolución de contrato de obras. Sentencia de instancia que anula la resolución por falta de informe preceptivo ni del Consejo de Estado ni órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma. Inexistencia de esa exigencia procedimental, al haber sido el adjudicatario de la obra el que solicitó la resolución.

En la **STS, Sec. 7ª, 09/01/2011, RC 1523/2009**, la Sala estima el recurso interpuesto por la Administración General del Estado, casa y anula la STSJ que estimó el recurso interpuesto por la UTE actora, contra el acuerdo de la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN), por el que se acordaba resolver el contrato de construcción de colector interceptor general del Río Nalón, tramo Las Caldas-Soto del Rey, saneamiento del Río Gafo, terminación del saneamiento de la cuenta del Río Nalón, TT. MM de Oviedo y Ribera de Arriba (Asturias); y se ordenaba la citación al contratista para la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, y que con carácter de urgencia se iniciara la contratación de las obras con otro empresario.

El Tribunal interpreta los artículos 59.3º,a) y 149 y 151 de TRLCAP y llega a la conclusión de que la Sentencia de instancia, ha confundido, al no distinguirlos correctamente, la resolución del contrato administrativo, con los efectos que derivan de la resolución como es la liquidación.

El Tribunal afirma que *“La Administración declara la resolución del contrato si concurre alguna de las causas prevista en el art. 111 en art. 149 del TRLCAP. El expediente para la resolución del contrato, según dispone el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, en la redacción vigente al tiempo de dictarse la resolución recurrida, puede iniciarse: de oficio por la Administración, y en tal caso se deberá dar audiencia por plazo de 10 días naturales al contratista, para que muestre su conformidad o disconformidad con la resolución del contrato; o a instancia del propio contratista, como fue el caso. Es en esta fase donde puede opera la oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, y en tal supuesto será necesaria ex art. 59.3º,a) del citado texto el preceptivo informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.*

En el caso de autos la resolución fue a instancia del propio contratista; por lo que no había oposición a la resolución del contrato.

En resolución aparte, resolución que puede ser sucesiva o simultánea (si las obras deben ser continuadas por otro contratista o por la Administración), se determinan los efectos que derivan de su resolución según dispone el art. 151 de la TRLCAP. La oposición del recurrente en la instancia venía referida a los efectos de la resolución del contrato, siendo que la parte había interpuesto el correspondiente recurso contra la liquidación definitiva del contrato efectuada por la Administración, dando lugar al Recurso Contencioso-administrativo que se seguía ante la Sala de Instancia con el nº 2483/2006. Procede por tanto estimar el recurso de casación, al haber interpretado y aplicado incorrectamente la Sentencia de instancia los artículos 59.3º,a) y 149 y 151 de TRLCAP” (FJ 5º).

Al anular la sentencia de instancia, el Tribunal entra a resolver el recurso planteada en el instancia y analiza que como deben interpretarse y aplicarse las causa de resolución del contrato previstas en art. 149 de la LCAP, cuando concurren varias causas y declara que *“En el contrato de autos existían dos*

causas de resolución, que producían efectos económicos distintos, la paralización de las obras por período superior a ocho meses y la modificación del proyecto inicial en un porcentaje superior al 20%. La primera causa de resolución en el tiempo fue la paralización de las obras, por lo que debió de aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido primero desde el punto de vista cronológico, por lo que procede estimar la anterior alegación” (FJ 7º).

4.5. Nulidad de la resolución contractual acordada por haberse omitido el informe del órgano consultivo autonómico. El control de legalidad de los actos de la Administración parlamentaria en materia de contratación queda sometido al dictamen o informe de los órganos consultivos del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas.

En la **STS, Sec. 7ª, 07/03/2012, RC 1146/2009**, la Sala desestima el recurso interpuesto por la Cortes de Aragón y confirma al Sentencia de TSJ que anuló el Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón que acordó la resolución, por incumplimiento culpable, del contrato con dicha Administración parlamentaria para la prestación del servicio de protección de personas de las Cortes de Aragón, así como la imposición a la contratista de la prohibición de contratar durante un plazo de cinco años y la obligación de indemnizar los daños y perjuicios generados por ese incumplimiento en la cuantía a determinar en pieza de ejecución cuya apertura también se disponía.

El Tribunal distingue en la Sentencia entre la potestad legislativa y el control de la acción del Gobierno, que es el contenido esencial de la institución parlamentaria, es muy diferente a las actuaciones de gestión de personal, administración y gestión patrimonial dirigidas a ofrecer a esa institución el soporte organizativo de medios personales y materiales para el desempeño de su principal función, y declara que *“no hay razones para que esa actividad materialmente administrativa tenga unos mecanismos de control de legalidad diferentes a los establecidos para los entes que formalmente constituyen las Administraciones públicas, y en esta línea parece orientarse el legislador estatal en esas normas que antes se han transcrito de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y del muy reciente Texto Refundido de 2011” (FJ 5º).*

El Tribunal descarta que sea incompatible con la institución parlamentaria la aplicación a su "Administración" del control de legalidad que significa someter sus decisiones al previo informe de los órganos consultivos del Gobierno del Estado o de la correspondiente Comunidad Autónoma, consideración que se refuerza al tener en consideración que fueron las propias Cortes de Aragón las que se sometieron al contratar al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TR/LCAP) como Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 26 de octubre.

4.6. Compensación por las fugas de tráfico de la autopista AP-6, generadas por la puesta en servicio de la autopista de peaje

Villacastín-Ávila. No hay incumplimiento del contrato concesional. Compensación improcedente. La posibilidad de construir nuevas carreteras o mejorar las ya existentes, forma parte del riesgo y ventura a que está sujeta la concesión.

En la **STS, Sec. 7ª, 19/12/2011, RCA 159/2010**, la Sala desestima el recurso interpuesto por la concesionaria que a su vez había resultado también concesionaria del nuevo tramo de autopista que ocultó. No obstante el Tribunal Supremo afirma que la Administración concedente no puede impedir el pacífico ejercicio de sus derechos por el concesionario y debe remover los obstáculos que impidan el normal desenvolvimiento de la concesión, añade que *“eso no significa que no pueda promover la construcción de nuevas y distintas autopistas de peaje a partir de las ya existentes cuando no altera de ese modo el régimen jurídico de estas últimas. Dicho con otras palabras, la ampliación y, en general, la mejora de las redes de comunicaciones terrestres, en este caso, a través de la construcción de nuevas autopistas de peaje en régimen de concesión que no se superponen a las existentes sino que desarrollan la red entra en las potestades que corresponden a la Administración para el mejor servicio de los ciudadanos. De ahí que su ejercicio, cuando se produce en la forma en que ha tenido lugar en este caso, no incida ni quede menoscabado por las obligaciones contractuales asumidas con los concesionarios anteriores, las cuales no pueden erigirse en razón para cristalizar la red existente o subordinar su ampliación a compensaciones sin relación con el cumplimiento por la Administración de sus contratos sino con la novedad que implica dicha ampliación”* (FJ 4).

4.7. Adjudicación de concurso público para la prestación de los servicios de asistencia en tierra, a aeronaves, pasajeros, mercancías y correo. Valoración de la prueba pericial. Estimación del recurso de casación y declaración del derecho de la recurrente a que se le indemnicen los perjuicios derivados de la actuación administrativa impugnada en la cuantía que se establezca en ejecución de sentencia.

En la **STS, Sec. 7ª, 23/01/2012, RC 1429/2009**, la Sala estima el primer motivo del recurso de casación y entra a valorar la prueba pericial practicada en la instancia, para concluir que la oferta de la empresa recurrente si incluía los descuentos y que por tanto su puntuación debía ser superior que la de la adjudicataria.

El Tribunal destaca que el procedimiento establecido para resolver el concurso revestía, como es propio en estos casos, un notable nivel de complejidad. Por eso, debía ser resuelto a partir del estudio de las ofertas por los servicios técnicos correspondientes de AENA, los cuales sin duda poseen una cualificación adecuada a ese nivel de complejidad. Cualificación que, visto que deben analizar, además de otros aspectos, los de tipo económico y financiero, no debe ser muy diferente a la de los peritos que han intervenido en el proceso y confirmado lo que desde el primer momento mantuvo la recurrente.

Además el Tribunal señala que *“A tantos años de distancia la única forma de satisfacer el derecho de Mallorca Handling, S.A. es mediante la indemnización de los daños y perjuicios causados por no habersele adjudicado el contrato a la unión temporal de empresas de la que formaba parte. Indemnización cuya cuantía deberá determinarse en ejecución de esta sentencia en función de los perjuicios efectivos que haya sufrido”*. (FJ 10º).

4.8. Baja temeraria en adjudicación de contrato de suministro. La Sala de instancia estima el recurso al apreciar que la posible existencia de la misma no impone en todo caso la exclusión del proceso de adjudicación, al no existir la necesaria reflexión o consideración sobre las alegaciones de la parte que afirmaban que existía una diferencia de escasos céntimos en 11 artículos que superaban el 50 % de bajada sobre la media de las ofertas, en el cómputo de los 109 artículos, sin que supusiera un riesgo para el debido cumplimiento de un contrato de suministro provisto de un presupuesto total de 470.000 euros. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

En la **STS, Sec. 7ª, 20/03/2012, RC 2338/2011**, el Tribunal estudia un supuesto en que la Administración recurrente, el Gobierno de Canarias, convocó y desarrolló un concurso, mediante procedimiento abierto en tramitación ordinaria, para la selección de licitador en adjudicación de contrato de suministro de diverso material de oficina ordinario no inventariable para el Servicio Canario de Empleo. Tras la convocatoria inicial del procedimiento se presentaron diversas proposiciones por otras tantas empresas del sector. Una vez se desarrollaron las diferentes fases del procedimiento establecido, las dos mejores ofertas presentadas (inicialmente las cuatro primeras), desde el punto de vista de las Cláusulas Administrativas Particulares elaboradas al efecto, fueron calificadas como bajas temerarias. Esta calificación se elevó a definitiva, previo cumplimiento de diversos trámites, adjudicándose por parte de la Administración el contrato de suministro a la sociedad que presentó la tercera mejor oferta. Posteriormente se impugnaría esta resolución por la sociedad licitadora cuya oferta estaba situada en primer lugar y había sido calificada como propia de baja temeraria.

El Tribunal estudia el concepto de baja temeraria que afirma debe ser *"ser completado, para su aplicación a los efectos de la adjudicación del contrato en un concurso iniciado al efecto, con el concepto de "cumplimiento a satisfacción de la Administración". La plena eficacia de una declaración que califica a una proposición u oferta económica como anormalmente baja no puede obviar lo establecido en los apartados 4º y 5º del ya citado art. 83 R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En efecto el apartado. 4º establece que el órgano de contratación, a la vista de los informes mencionados, acordará la adjudicación a favor de la proposición con precio más bajo que pueda ser cumplida a satisfacción de la Administración y, en su defecto, al mejor postor no incurso en temeridad, justificando su decisión ante el Comité Consultivo para los Contratos Públicos de la Comisión de las Comunidades Europeas, si el anuncio de la licitación hubiese sido publicado en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas»*. Por su parte el apartado 5º permite, en la misma

línea, la adjudicación del contrato al empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, si se exigiera al mismo una garantía definitiva del 20 por 100 del importe de adjudicación, según lo dispuesto en el propio Texto Refundido sobre las garantías exigibles a los contratistas. Y todo ello de conformidad a lo dispuesto en el art. 55 de la Directiva Comunitaria 2004/18/CE, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, que no solamente conserva el requisito o trámite de conceder traslado para alegaciones a la interesada, procedimiento ya incorporado anteriormente en los arts. 27 de la Directiva 93/36/CEE, sino que erige en principio básico del sistema, incorporado a las más recientes actualizaciones de la normativa contractual, el necesario juicio de viabilidad por la Administración sobre el cumplimiento de las prestaciones ofertadas por parte de la empresa a satisfacción de aquélla como criterio definitorio y determinante de la adjudicación" (FJ 5º)

El Tribunal entiende que la sentencia recurrida, llevando a cabo una completa y exhaustiva valoración del material aportado al proceso de instancia, entendió de manera plenamente ajustada a Derecho, con aplicación de la normativa ya citada, que la determinación de la temeridad de la baja no podía hacerse de forma exclusivamente aritmética, y que el Tribunal de instancia entró a valorar de forma consecuente los datos recogidos en las alegaciones que la empresa formuló en trance de acreditar la viabilidad y el cumplimiento a satisfacción de la oferta presentada, llegando a la conclusión que estas alegaciones, dada su corrección y la diferencia mínima e insignificancia en relación al presupuesto total de la baja no habían obtenido la necesaria reflexión o consideración por parte de la Administración actuante, de manera que no podía entenderse que una diferencia de escasos céntimos en 11 artículos que superaban el 50 % de bajada sobre la media de las ofertas, en el cómputo de los 109 artículos supusiera un riesgo para el debido cumplimiento de un contrato de suministro provisto de un presupuesto total de 470.000 euros.

4.9. Subrogación de las obligaciones derivadas de un contrato de obras, cuando las obras son entregada al Insalud antes del traspaso de competencias a la CC.AA, está pendiente después de él de la liquidación y pago. En la fecha de efectividad de la transferencia el contrato no se encuentra extinguido, en lo relativo a la aprobación y abono de la liquidación final y proyecto modificado, por lo que debe considerarse que está en tramitación, y en consecuencia la obligación de abono de las obligaciones pendientes derivadas de los contratos vigentes, corresponde a la Comunidad Autónoma.

En la **STS, Sec. 7ª, 15/3/2012, RC 2462/2009**, afirma que la cuestión a decidir se resume, dado el traspaso de las funciones y servicios operado del INSALUD a la Comunidad Autónoma de La Rioja, en la determinación de a cuál de las dos Administraciones debe imputarse al pago de la cantidad que la demandante reclamó en la instancia, esto es el pago del saldo de 167.323,83 € correspondientes al modificado num. 1 del proyecto, liquidación y revisión de precios del contrato de ejecución del Hospital Comarcal de Calahorra (La Rioja)

más, en su caso, el pago del interés legal de dicha cantidad incrementado en 1,5 puntos desde el 12 de junio de 2001.

El Tribunal destaca el dato de que mientras la recepción provisional de las obras se produjo antes de la transferencia, el segundo, la liquidación final, tuvo lugar después de ella, por lo que debemos centrar en definitiva la cuestión a resolver en cual de los dos actos debe ser el determinante a efectos de la imputación de la responsabilidad del pago reclamado en el proceso.

El Tribunal señala que *“Para determinar cuál de las dos Administraciones es la obligada al pago, la norma aplicable es el Real Decreto 1473/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de La Rioja de las funciones y servicios del Instituto Nacional EDL2001/49794 , y ya debemos adelantar que dicho Real Decreto, así como los Reales Decretos 1471/2001 a 1480/2001, todos ellos de 27 de diciembre, sobre traspaso a distintas Comunidades Autónomas de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud no coinciden en su contenido con el de otros Reales Decretos de transferencia de una etapa anterior, que fueron las normas tomadas en consideración por la antigua Jurisprudencia del Tribunal Supremo.”* (FJ6º)

El Tribunal señala que la clave está en que el contrato estará vigente en tanto que ambas partes no hayan cumplido sus obligaciones recíprocas.

La Sentencia de instancia sostiene que dado que los hechos que daban lugar a la reclamación se habían producido antes de la subrogación, era el Insalud el competente para resolver, pero el punto 5 del Apartado F del Real Decreto de traspaso establecía como clave para la subrogación que el contrato esté vigente.

5. Corporaciones de derecho público

5.1. Impugnación del Real Decreto 1000/2010, sobre visado colegial obligatorio.

La STS, **Sec. 3ª, 31/01/2012, RCA 431/2010**, reviste singular interés porque examina el nuevo marco jurídico de los “visados colegiales” tras la reforma operada por la Ley 25/2009, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Resalta la Sala que la nueva regulación legal del visado determina un cambio muy relevante, en varios órdenes conceptuales, respecto de la precedente, dado que:

A) En primer lugar, el visado se limita a los Colegios de profesiones técnicas únicamente "cuando se solicite por petición expresa de los clientes" sin que en ningún caso los Colegios, por sí mismos o a través de sus previsiones estatutarias, puedan imponer la obligación de visar los trabajos profesionales. Esta es la regla general que ha de regir la interpretación del resto.

B) En segundo lugar, se habilita al Gobierno para establecer, mediante Real Decreto, cuándo puede imponer el visado colegial obligatorio, a cuyo efecto fija la Ley dos criterios: a) que sea necesario por existir una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas; y b) que se acredite que el visado es el medio de control más proporcionado.

C) En tercer lugar, se precisan las funciones del visado colegial, tanto de manera positiva (podrá tener por objeto, al menos, comprobar la identidad y habilitación profesional del autor del trabajo, así como la corrección e integridad formal de la documentación de dicho trabajo profesional) como de manera negativa: el visado "en ningún caso comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales [...] ni tampoco comprenderá el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional".

Así pues, el visado colegial pasa a reducirse a meras constataciones de carácter formal y de ningún modo abarca los aspectos esencialmente técnicos o facultativos de las actuaciones a él sujetas. Al visar un determinado proyecto el Colegio profesional podrá constatar si su autor goza de habilitación al efecto y si en aquél se incluyen los documentos que le han de acompañar pero mediante el visado colegial no puede controlar técnicamente la corrección de sus elementos facultativos.

6. Derecho administrativo económico

6.1. Ordenación de la actividad comercial

6.1.1. Derecho Administrativo Sancionador. Sanción en materia comercial. No cabe apreciar la agravante de reincidencia en la conducta infractora cuando el factor para apreciarla es posterior a la comisión de la nueva infracción sancionada.

La **STS, Sec. 3ª, 30/09/2011, RC 566/2009**, estima parcialmente el recurso de casación número 566/2009 interpuesto por una sociedad mercantil contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares con 24 de julio de 2007. La recurrente había sido sancionada por el Consejo de Gobierno de las Islas Baleares de 7 de octubre de 2005, confirmada en reposición el 10 de febrero de 2006, que acordó imponerle una multa de seiscientos mil euros (600.000,00 €). La Sección Tercera de la Sala Tercera estima el recurso en cuanto a la parte de la sentencia recurrida que corrobora la existencia la circunstancia agravante de reincidencia en la conducta infractora, que anula.

La estimación parcial se basa en las siguientes consideraciones (FJ 6º): *“el factor para apreciar la reincidencia era en este caso posterior a la comisión de la nueva infracción sancionada objeto de recurso, lo que obsta a la aplicación del tan citado artículo 131.3, letra c, de la Ley 30/1992. En efecto, el hecho agravante al que se refiere el tribunal -y antes la Administración autonómica- fue la sanción impuesta a la sociedad recurrente por la apertura de otro establecimiento comercial sin licencia (...) Es claro, pues, que cuando*

se comete la infracción que da lugar a la multa ahora enjuiciada (esto es, el 10 de marzo del año 2005, fecha en que se levantan las actas correspondientes) no se había dictado, y mucho menos con carácter "firme" en vía administrativa, una resolución sancionadora por hechos de la misma naturaleza. No concurría, pues, el presupuesto de sanción previa a los hechos que exige el artículo 131.3, letra c, de la Ley 30/1992. En reiteradas ocasiones (...) hemos afirmado que la agravante de reincidencia administrativa debe referirse a hechos que ya hubieran sido sancionados en otro procedimiento resuelto con anterioridad a la comisión de la nueva falta.

6.2.- Electricidad y energía.

6.2.1. Energía eléctrica. Recurso directo contra una Orden Ministerial que fija peajes de acceso a las redes. Se estima el Recurso Contencioso-Administrativo ante las variaciones sufridas en la Orden ministerial recurrida durante el proceso de elaboración, variaciones que hacían exigible la emisión de un nuevo informe. El reconocimiento del déficit no respeta el mandato de la Ley del Sector Eléctrico, si bien no se accede a la pretensión indemnizatoria por considerar que se había producido una compensación a través de órdenes ulteriores.

La **STS, Sec. 3ª, 31/10/2011, RCA 321/2010**, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una operadora contra la Orden ITC/1732/2010, de 28 junio, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de julio de 2010 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones en régimen especial. La Orden impugnada es una más de las que, entonces con periodicidad semestral, aprobaba el citado Ministerio para fijar los peajes de acceso a las redes, orientados a cubrir los costes de las actividades reguladas del sistema eléctrico.

El recurso se estima tanto por razones de forma como de fondo. La estimación por cuestiones de forma se funda en que el texto finalmente aprobado de la Orden difiere en su redacción del propuesto inicialmente, sobre cuyo contenido versaron los diferentes informes preceptivos. Entiende la Sala que, ante el carácter sustancial de la modificación operada, la regularidad del procedimiento de elaboración exigía retrotraer las actuaciones al trámite de informe de la Comisión Nacional de la Energía para que pudiera ilustrar al citado Ministerio (pues esa es la finalidad de sus informes preceptivos sobre las propuestas de disposiciones generales) acerca de las implicaciones y consecuencias, jurídicas y económicas, que para el sector eléctrico comportaba el cambio sustancial que se pretendía introducir.

En cuanto a las razones de fondo, entiende la Sala que la Orden recurrida no había respetado el mandato previsto en la Disposición Adicional Vigésima Primera de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico que exige el reconocimiento del déficit en las disposiciones de aprobación de los peajes de acceso del período siguiente. Ahora bien, la Sala considera que el reconocimiento de ese déficit sí se había producido (de forma tardía) en otras Órdenes, restableciendo de este modo la legalidad vulnerada, por lo que considera que las eventuales discrepancias de la recurrente con la concreción ulterior del importe de sus derechos de cobro ha de residenciarse en los

correspondientes procesos contra las disposiciones o actos singulares que los establezcan. No se acoge la pretensión indemnizatoria, pues los perjuicios ocasionados por la falta de incremento, en el momento debido, de los peajes de acceso o por la no adaptación de éstos había sido compensada mediante Órdenes ITC posteriores a través del pago de los intereses correspondientes.

6.2.2. Anulación de la financiación del bono social por parte de la compañía eléctrica. Se trata de una medida discriminatoria y no transparente ya que carga toda la financiación de este bono social en unas empresas concretas sin explicitar las razones de esta elección.

La **STS, Sec. 3ª, 06/02/2012, RCA 419/2010**, estima el recurso interpuesto por una operadora del sector eléctrico contra la Orden ITC/1723/2009, de 26 de junio por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de julio de 2009 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones de régimen especial. De forma indirecta se había impugnado también el mecanismo de financiación del bono social regulado en el artículo 2.5 y la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

La sentencia rechazó la inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado quien pretendía la inadmisión de la demanda por ir dirigida contra una norma con rango de ley al ser los dos preceptos impugnados de la Orden, en realidad, una directa aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 6/2009. La Sentencia afirma que anular sin más los preceptos de la Orden impugnada supondría desconocer una norma con rango y fuerza de ley, cuestión ajena a la jurisdicción contencioso administrativa. Ahora bien, entendió que sí podía declarar inaplicables los preceptos del Real Decreto-Ley en el caso de considerarlos contrarios al Derecho Comunitario.

El bono social, creado por el Gobierno en 2009, tenía por objetivo mitigar el impacto de la subida de las tarifas eléctricas (consecuencia de la eliminación del déficit tarifario) sobre los colectivos más vulnerables (pensionistas, parados, familias numerosas). Se configura como una protección adicional del derecho al suministro de electricidad y una obligación de servicio público en el sentido de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. A los colectivos afectados no se les aplicó las subidas de la tarifa eléctrica hasta finales de 2013.

El coste del bono social (diferencia entre la tarifa de último recurso y la tarifa vigente a la entrada en vigor del RD-ley 6/2009, el 1 de julio de 2009) fue distribuido entre las compañías generadoras de electricidad. El elemento conflictivo y que dio pie al recurso era el sistema de financiación del bono social compartido por las empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico, estableciéndose la posibilidad de exonerar, por períodos de tiempo determinados y renovables, de tal obligación de financiación a empresas generadoras *"cuando su volumen de negocios a escala nacional se*

sitúe por debajo de un umbral preestablecido por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos".

La sentencia consideró que el mecanismo de financiación del bono social suponía un incumplimiento de las obligaciones fijadas en la Directiva 2003/54/CE de no arbitrariedad, transparencia y susceptibilidad de control. Consideró que se trataba de una obligación discriminatoria al cargar la financiación del sector en unas empresas concretas sin explicitar las razones por las que deba imponerse a ese sector en general y a esas empresas en particular la prestación patrimonial que implica la financiación del bono social. Consideró que existía una total falta de justificación de una medida como la propuesta.

También consideró carente de justificación (y por tanto, discriminatoria y falta de transparencia) la imposición de esta carga financiera a una lista nominativa de empresas al no haberse fijado dicho criterio ni especificar en virtud de qué parámetros precisos se atribuye el porcentaje de financiación concreto a cada una de estas empresas, lo que impide controlar y verificar la corrección de tales porcentajes a la vez que supone una discriminación respecto a las empresas designadas nominativamente.

Consideró que no procedía plantear una cuestión prejudicial pues el incumplimiento de las exigencias de no arbitrariedad, transparencia y susceptibilidad de control contempladas por la Directiva resultaban claras al luz de la sentencia de Tribunal Europeo de Justicia de 20 de abril de 2010 (Asunto C-265, Federutility).

En consecuencia, declaró inaplicables el artículo 2.5 y la disposición transitoria segunda, último párrafo, del Real Decreto-ley 6/2009 (preceptos que determinan las empresas que debían financiar el bono social), así como las disposiciones adicionales segunda y tercera de la Orden recurrida (relativas respectivamente al mecanismo de liquidación del bono social y las tarifas de referencia para la aplicación del bono social) y reconoció el derecho de la recurrente a que le sean reintegradas las cantidades que hubiera abonado en concepto de financiación del bono social.

6.2.3. Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. La supresión de las tarifas reguladas correspondientes a instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial a partir de un determinado momento no constituye retroactividad prohibida por el ordenamiento jurídico ni supone una infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ni vulnera los principios de igualdad ante la Ley y de no discriminación, ni el derecho a la tutela judicial efectiva. Principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, de confianza legítima y de irretroactividad de la norma restrictiva de derecho individuales.

En la **STS, Sec. 3ª, 12/04/2012, RCA 40/2011**, la Sala confirma la adecuación a Derecho del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, desestimando el recurso interpuesto por varios titulares de instalaciones fotovoltaicas.

La impugnación se había dirigido contra el apartado 10 del artículo 1º que afecta a la retribución de las instalaciones fotovoltaicas productoras de energía eléctrica. En concreto, la disposición objeto de recurso modificaba lo dispuesto al respecto en el Real Decreto 661/2007 suprimiendo la tarifa regulada a partir del año 30 que, en el RD 661/2007 no parecía estar sometida a límite temporal alguno.

La Sala desestima la alegación relativa a que el Real Decreto había desplegado una retroactividad prohibida por el ordenamiento jurídico (9.3 CE). A juicio de la Sala, si bien la norma puede incidir en situaciones jurídicas en curso, proyecta sus efectos hacia el futuro y no hacia el pasado por lo que carece de efecto retroactivo. En cuanto a la alegada contravención de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, la Sala consideró que la introducción de la tarifa regulada es una más entre las medidas de fomento a las inversiones en instalaciones fotovoltaicas que, por su naturaleza, no puede desligarse de otras medidas de signo análogo (como la prioridad en el acceso, la preferencia en el despacho de energía eléctrica, etc.) por lo que la apelación a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima ha de abordarse teniendo en cuenta el marco regulatorio jurídico-económico aprobado por las autoridades españolas en ese concreto sector de las energías renovables. Afirma la Sala que las titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un derecho inmodificable a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones.

Entiende que una medida de esta naturaleza estaba justificada por un cambio sobrevenido con respecto a las previsiones que habían motivado el Real Decreto 661/2007, pues el crecimiento de la potencia instalada experimentado por la tecnología solar fotovoltaica había sido superior en casi nueve veces al objetivo previsto en aquel Real Decreto. Considera que el principio de seguridad jurídica no constituye un argumento invalidatorio frente a cambios relevantes en las situaciones subyacentes como aquí es el caso, añadiendo que el cambio resultaba, además, previsible, pues incluso los productores de energía eléctrica que actúan en libre mercado habían visto reducidas sus retribuciones globales a causa de una caída en la demanda.

También desestimó los motivos de nulidad basados en la pretendida vulneración de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, pues dicha Ley no contiene preceptos que obliguen a fijar en más de treinta años la tarifa regulada y del artículo 44 del Real Decreto 661/2007, por tratarse de disposiciones del mismo rango.

En cuanto al resto de los motivos impugnatorios, la Sala consideró que el Real Decreto 1565/2010 no es contrario al Derecho Comunitario, ni al

artículo 33.3 de la Constitución, ni supone una infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ni vulnera los principios de igualdad ante la Ley y de no discriminación, ni el derecho a la tutela judicial efectiva. Entendió la Sala que el Real Decreto impugnado carece de naturaleza expropiatoria, toda vez que no implica la supresión de la retribución derivada de la producción de la energía eléctrica procedente de instalaciones fotovoltaicas, sino su equiparación con el resto de los productores de electricidad que la venden en el mercado. Entendió que una medida de esta naturaleza no contraviene la Carta Europea de la Energía, en la medida en que su artículo 10 solo protege a los inversores extranjeros contra “medidas exorbitantes o discriminatorias”, lo que no hace aquí el caso.

La Sentencia descarta la existencia de una arbitrariedad por considerar que ni siquiera la necesidad subyacente en la medida, de poner freno a ciertos errores de previsión, puede calificarse de arbitraria desde el punto de vista jurídico, considerando suficientemente justificado el cambio normativo. Desestimó la alegada infracción de los principios de igualdad ante la Ley y no discriminación basada en una comparación con el resto de las tecnologías de régimen especial, por considerar que no eran homogéneos los supuestos de hecho en la comparación. Por último, rechazó la existencia de una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva motivada por el hecho de que parte del contenido de la Disposición General recurrida había sido modificada por el Real Decreto Ley 14/2010 o por la Ley 2/2011, pues las citadas modificaciones no habían impedido la obtención de una Sentencia que decidiera sus pretensiones.

6.3. Subvenciones y ayudas públicas

6.3.2. Modificación del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación para los años 2011 y 2012. Poder del Gobierno para adaptar las ayudas a la crisis económica.

En la **STS, Sec. 3ª, 06/02/2012, RCA 175/2011**, la Sala consideró que el hecho de que el Plan Estatal para la promoción de la vivienda y su rehabilitación fuera aprobado con una vigencia cuatrienal, no impedía al Gobierno modificarlo o derogarlo, en este caso para los años 2011 y 2012, en atención a circunstancias económicas sobrevenidas ulteriormente, siempre que lo hiciera mediante un instrumento normativo de rango similar al que lo aprobó (Real Decreto). Los únicos límites sustantivos oponibles al nuevo Real Decreto, no alegados por la recurrente, vendrían dados por normas de rango superior. En este punto, el esfuerzo de contención y reajuste presupuestario por las Administraciones Públicas ante la crisis económica, justifica medidas tales como la supresión de la ayuda estatal directa a la entrada, la reducción de la cuantía de determinadas subvenciones a los promotores de viviendas de protección oficial o al arrendamiento de viviendas protegidas. Rechaza por otra parte la Sala un pretendido carácter retroactivo de la modificación del Plan estatal, y considera justificado el mejor trato dado a las cooperativas de viviendas, en atención a la protección cualificada que les impetra el propio texto constitucional.

7. Derechos fundamentales

7.1. Libertad religiosa. Participación de militares en actos religiosos solemnes.

La **STS, Sec. 4ª, 12/06/2012, RCA 312/2010**, desestima un recurso contencioso-administrativo promovido por una Asociación de militares frente al RD 684/2.010 que aprueba el Reglamento de honores militares. Versando la controversia sobre la presencia de militares en actos y ceremonias solemnes de carácter religioso, declara la Sala, en primer lugar, que *“Lo que la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 684/2.010 regula en su número 1, nada tiene que ver, pese a lo que indique el título de la misma, con participación en actos religiosos de las Fuerzas Armadas. Por el contrario de lo que se trata es de un acto oficial de honores fúnebres militares de los regulados en el Título IV del Real Decreto, cuyo artículo 36 dispone que: “Las Fuerzas Armadas rendirán honores fúnebres militares en señal de respeto y homenaje a los restos mortales de aquellas personas que se indican a continuación: a) Las que expresamente les corresponden honores militares según lo previsto en el Capítulo II del Título I y los arts. 15, 17, 19 y 20. b) Los ex Presidentes del Gobierno y otras personalidades de especial relevancia a las que por sus excepcionales servicios a España así se determine por real decreto de la Presidencia del Gobierno. c) Los militares y el personal civil con una especial vinculación con la Defensa y las Fuerzas Armadas que fallezcan en acto de servicio”. Y que se cierra con el apartado 2 que dispone que: “Al organizar los actos de honras fúnebres se tendrá en cuenta la voluntad que hubiera expresado el fallecido o, en su caso, la que manifiesten sus familiares”. Honores que según reza el artículo 37 siguiente “se rendirán por una unidad con Bandera, banda y música y consistirá en la interpretación del himno nacional completo, arma presentada y una descarga de fusilería. En su caso, la salva de cañonazos que corresponda”. Y que “cuando se realicen en la inhumación, los honores se rendirán por un piquete”. De modo que el militar que haya de formar parte de esa unidad o piquete que deba acudir a prestar esas honras fúnebres no participa aunque esté presente en el acto religioso que se celebre, sea del credo que sea, si el mismo se integra en el acto oficial de honras fúnebres militares, si ese fue el deseo expresado por el fallecido o lo deciden sus familiares. Por ello no se vulnera el derecho del militar, de libertad religiosa y de culto que garantiza la Constitución, artículo 16, y que el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980 describe en sus distintas manifestaciones cuando representa a las Fuerzas Armadas en ese acto oficial. Y de ahí también que la asistencia del militar al acto concreto para el que se le designe tenga la consideración de acto de servicio como expresa la Disposición Adicional Cuarta en su primer apartado”. (FJ 4º).*

A continuación, examina la Sala la impugnación del número 2 de la Disposición adicional cuarta del Reglamento de Honores Militares, que dispone que: *“Cuando se autoricen comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, se respetará el ejercicio del derecho a la libertad religiosa y, en consecuencia, la asistencia y participación en los actos tendrá carácter voluntario”*. También esta inciso es considerado conforme a derecho por el Tribunal, razonando que

“Tampoco puede estimarse la pretendida nulidad de ese segundo apartado de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto. Es cierto que la aconfesionalidad del Estado comporta la neutralidad de los Poderes públicos en relación con el hecho religioso; pero esa neutralidad no excluye el que esos Poderes tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantengan relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones como dispone el número 3 del artículo 16 de la Constitución. Este apartado segundo contempla un supuesto distinto del anterior y por ello el tratamiento que recibe en la norma es también diferente. En este supuesto se autorizan por la autoridad o el mando militar competente para ello "comisiones, escoltas o piquetes para asistir a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense". No se trata por tanto de actos oficiales propios de las Fuerzas Armadas en los que se rindan honores militares sino de la participación de miembros de las Fuerzas Armadas en celebraciones de carácter religioso en las que tradicionalmente ha existido una participación castrense. Celebraciones religiosas e incluso de culto que responden a las creencias religiosas de la sociedad española a las que se refiere el artículo 16.3 de la Constitución, generalmente vinculadas a la Iglesia Católica y cuya presencia según el Reglamento, es para el militar que sea designado para asistir y participar en las mismas, como no podía ser de otro modo, voluntaria. En consecuencia ese segundo apartado de la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 684/2.010 es también conforme a Derecho” (FJ 5º).

7.2. Derecho administrativo sancionador. Principios de legalidad y tipicidad. Límites de la remisión normativa en la tipificación de infracciones y sanciones.

La **STS, Sec. 5ª, 04/11/2011, RC 6062/2010**, tras enfatizar que la potestad de dictar los reglamentos ejecutivos de desarrollo y ejecución de las leyes compete al Consejo de Ministros mediante Real Decreto, quedando para los Ministros individualmente considerados la competencia para dictar las Ordenes Ministeriales que se limitan a fijar un último escalón descendente de concreción normativa de los aspectos más estrictamente técnicos y organizativos propios del sector funcional homogéneo que constituye cada Ministerio, añade que no es conforme al sistema de fuentes en estas materias es que ese Reglamento del Consejo de Ministros se limite a formular una remisión prácticamente incondicionada al posterior y sucesivo desarrollo reglamentario a través de una Orden Ministerial, y concluye que *“esta indeseable caracterización de la relación entre Ley y reglamento, que acabamos de describir, se revela especialmente rechazable si se proyecta o repercute sobre el ámbito del Derecho administrativo sancionador, en el que el principio de legalidad reviste un contenido garantizador especialmente relevante, y al que es inherente el anhelo de certeza y seguridad jurídica. No resulta jurídicamente admisible que la Ley fije un contenido normativo sancionador sólo a grandes rasgos, remitiendo su concreción al reglamento de desarrollo, que ha de ser -como acabamos de razonar- un Real Decreto, y este, lejos de dar cuerpo a ese contenido en términos reconocibles, se limite a remitirse para tal definición y concreción a lo que establezca una Orden Ministerial” (FJ 3º).*

8. Expropiación forzosa

8.1. Reversión expropiatoria: distinción entre concesionario de la explotación de una autopista y el beneficiario de la expropiación. Diferencias a efectos de la percepción del justiprecio reversional para evitar un enriquecimiento injusto.

En la **STS, Sec. 6ª, 29/02/2012, RC 2625/2009**, la Sala estima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado sobre la base del distinto régimen jurídico que rige las relaciones entre la Administración expropiante y el beneficiario de la expropiación, y entre la Administración concesionaria y el concesionario. En el presente asunto el Tribunal de instancia estimó el recurso interpuesto en cuanto al extremo relativo al destinatario o beneficiario del justiprecio por la reversión, reconociendo el derecho de la concesionaria de la autopista a ser reintegrada por la Administración Pública de las cantidades percibidas por ella (junto con los intereses legales correspondientes) como consecuencia de la reversión de los bienes sobrantes expropiados por la ejecución de la autopista. Por el contrario, el Tribunal Supremo afirma que el concesionario, en fase de explotación de la autopista, no tiene derecho a percibir el justiprecio reversional, pues de otro modo se originaría un enriquecimiento injusto para el concesionario.

Destaca la Sala que dicho enriquecimiento tendría lugar si “*fijándose el precio de la concesión en consideración a los costes que al beneficiario supuso la ejecución de la obra, incluidos los derivados de la expropiación [...] el concesionario se vería enriquecido con el reintegro de lo percibido por la Administración en virtud de la reversión, en tanto que el pago del justiprecio de los bienes expropiados, incluidos los después revertidos, determinó el importe del precio concesional*” (FJ 4º). La Sala basa su decisión en la doctrina del enriquecimiento injusto y en la interpretación que efectúa del artículo 5, apartado 2.7, del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, que expresamente atribuye al beneficiario de la expropiación las obligaciones y derechos derivados de la reversión, sin que por el contrario exista previsión normativa alguna de tal naturaleza con respecto al concesionario.

8.2. Carencia de legitimación del Ayuntamiento para impugnar un acuerdo de fijación del justiprecio en donde la beneficiaria de la expropiación es una sociedad mercantil cuyo capital pertenece íntegramente a dicho Ayuntamiento.

En el asunto examinado por la **STS, Sec. 6ª, 22/02/2012, RC 301/2009**, se enjuicia la legalidad de la declaración de inadmisión acordada por la Sala de instancia, que negaba legitimación activa al Ayuntamiento concernido para impugnar los acuerdos de fijación de justiprecio del Jurado Provincial de Expropiación, por entender que carecía de legitimación para ser parte en el mismo al ser ajeno al justiprecio que se fijase en la actuación expropiatoria, al existir como beneficiaria de la expropiación una sociedad mercantil.

En concreto, el Ayuntamiento alegaba que se le estaba denegando en vía jurisdiccional la legitimación activa que había sido reconocida en vía administrativa, pues el jurado le había notificado la totalidad de las resoluciones recaídas en el expediente expropiatorio. Alegaba, asimismo, que la doctrina del Tribunal Supremo vigente en el momento en que se recurrieron en sede administrativa las resoluciones del jurado de expropiación provincial reconocía la legitimación de la Administración expropiante para la impugnación de las resoluciones del jurado, aun cuando hubiera mediado expresa beneficiaria en la expropiación.

Pues bien, entrando a resolver el fondo del asunto el Tribunal en casación señala en primer término que no pueden prosperar las alegaciones sobre la legitimación reconocida por el jurado en vía administrativa al notificarle la totalidad de las resoluciones recaídas en el expediente expropiatorio, pues la notificación a la corporación no conlleva por sí misma reconocimiento de legitimación alguna. Por otro lado, la Sala afirma que no obsta al valor jurisprudencial de las resoluciones judiciales el hecho de que puedan haber existido vacilaciones o una evolución en el criterio seguido sobre la legitimación, pues *“la adaptación y el ajuste en la aplicación de la norma son consustanciales al concepto de jurisprudencia, que no constituye fuente del Derecho propiamente dicha y carece por lo tanto de la rigidez formal de los productos normativos, sino que es medio complementario para integrar el ordenamiento en el momento de su aplicación”* (FJ 4º). Para concluir finalmente que *“en el caso que nos ocupa, la mercantil beneficiaria fue constituida por el propio Ayuntamiento expropiante, que es propietario del 100% del capital social, y es sobre esta razón sobre la que se fundamenta la pretensión de la actora, argumentación que no es suficiente para desvirtuar la reseñada doctrina jurisprudencial en virtud de la cual la Administración expropiante carece de interés directo cuando el beneficiario de la expropiación es una sociedad mercantil a quien corresponde en exclusiva satisfacer el precio de la expropiación, como aquí acontece. Ello es así porque la sociedad mercantil constituida por el Ayuntamiento goza de personalidad jurídica propia y se sujeta a un régimen jurídico específico, propio del Derecho Mercantil, completamente diferente al régimen estatutario, procedimental y sustantivo que rige la actividad de la Administración, sin que ésta pueda utilizar tales figuras mercantiles y su específico régimen jurídico con una finalidad meramente instrumental en la medida en que sus resultados le son favorables y rechazar aquellas consecuencias, que siendo consustanciales a esa personalidad jurídica diferenciada, pueden llegar a resultar perjudiciales a sus intereses”* (FJ 5º).

8.3. El expropiado no queda vinculado en su hoja de aprecio por estimaciones hechas con base en circunstancias que escapan de su control.

La constante jurisprudencia sobre el valor vinculante de la hoja de aprecio queda matizada con el criterio mantenido en la **STS, Sec. 6ª, 27/09/2011, RC 385/2008**, que sostiene que el expropiado no puede quedar vinculado por estimaciones hechas con base en circunstancias y comportamientos que escapan de su control, por depender de la voluntad y diligencia de la Administración expropiante o, en su caso, del beneficiario.

En el asunto enjuiciado la recurrente era arrendataria de un local de negocio en un inmueble que se vio afectado por un proyecto expropiatorio necesario para el ensanchamiento de una carretera, lo que condujo a que se la tuviera por parte expropiada, con la subsiguiente fijación del justiprecio. En lo que se refiere a la partida indemnizatoria correspondiente a la paralización de la actividad por la ejecución de las obras que motivan la expropiación, la Sala de instancia dio por buena la estimación del perito judicial, según la cual la explotación fue prácticamente nula durante dieciséis meses y medio, y no solo durante treinta días, como había entendido el Jurado de expropiación. No obstante, la Sala de instancia señala que, sin embargo, la hoja de aprecio presentada por la recurrente en vía administrativa limitaba los perjuicios por este concepto a un periodo de seis meses, por lo que el inexcusable respeto a la vinculación de los actos propios y al principio de congruencia, comportan que si bien corresponde elevar la indemnización por este concepto, no pueda serlo por más tiempo que seis meses, que es lo petitionado por la parte.

A este respecto, y en contestación a la alegación sobre infracción de la jurisprudencia sobre reparación íntegra de la pérdida económica ocasionada, el Tribunal Supremo afirma que *“sin necesidad de examinar si la vinculación a la hoja de aprecio rige más allá de lo que es propiamente valoración del bien expropiado e incide también -tal como aquí ocurre- en indemnizaciones por perjuicios derivados de la ejecución del proyecto que legitima la expropiación, es lo cierto que en el presente caso no se dan las condiciones necesarias para considerar que el expropiado está vinculado a la duración de la paralización temporal de su actividad expresada en su hoja de aprecio. Examinadas las actuaciones remitidas a esta Sala tal como permite el art. 88.3 LJCA, resulta que en la hoja de aprecio se estimaba que la paralización temporal de la actividad se prolongaría durante “unos seis meses”, lo que pone de manifiesto que la recurrente fue deliberadamente ambigua en este punto. Si a ello se añade que la duración de la paralización temporal de la actividad no dependió de la voluntad de la recurrente sino del tiempo empleado en ejecutar las obras de ensanchamiento de la carretera de Espulgues, sólo cabe concluir que la recurrente no va contra sus propios actos al pedir que este concepto indemnizatorio se calcule por el tiempo real y acreditado en que la actividad del hostel-restaurante fue prácticamente nula. El expropiado, dicho de otro modo, no puede quedar vinculado por estimaciones hechas con base en circunstancias y comportamientos -como es la duración de las obras para las que se acuerda la expropiación- que escapan de su control, por depender de la voluntad y diligencia de la Administración expropiante o, en su caso, del beneficiario. Al no haberlo entendido así, la sentencia impugnada ha vulnerado efectivamente la exigencia de reparación íntegra de la pérdida ocasionada, inherente al art. 33 CE. El motivo noveno debe ser estimado, lo que conduce a la anulación de la sentencia impugnada”* (FJ 3º).

Lo que condujo a la Sala a declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto y reconocer a la recurrente como indemnización por la paralización temporal de su actividad la que resulte de calcular un periodo de paralización de dieciséis meses y medio.

8.4. Retasación: no procede frente a renuncia o a actos propios contrarios del expropiado. Interpretación del alcance del derecho de retasación adecuado a las previsiones de la Ley de Expropiación forzosa y su Reglamento.

En la **STS, Sec. 6ª, 26/09/2011, RC 3058/2010**, se recuerda la doctrina de la Sala en torno a la figura de la retasación, que viene constituida por la caducidad del justiprecio fijado por el jurado en razón del transcurso del plazo de dos años establecido en el artículo 58 por la Ley de Expropiación Forzosa y que opera al margen de su impugnación en vía judicial; esto es, el justiprecio que resulta de la revisión jurisdiccional de un justiprecio caducado sigue siendo un justiprecio caducado. Ello supone, por lo tanto, que el pago del justiprecio caducado, sea antes o después de producida una eventual revisión jurisdiccional, no puede tomarse como extintivo de la obligación de indemnizar que exige la Ley de Expropiación forzosa, pues la declaración de caducidad *ex lege* lo priva de la condición de indemnización correspondiente prevista constitucionalmente.

En relación con la retasación la Sala señala que la ley no exige como condición para hacer efectiva la retasación la renuncia al abono del justiprecio caducado, pues de otro modo el expropiado tendría una carga adicional al ver retrasada la percepción de cantidad alguna hasta que se determine el resultado de la retasación. Por eso la jurisprudencia establece con carácter general que la solicitud de retasación no puede quedar enervada por el mero hecho de admitir el pago del precio fijado administrativamente. Ahora bien, la Sala indica que ello *“no significa que el ejercicio del derecho de retasación no pueda resultar afectado por las circunstancias en las que se produzca la extemporánea percepción por el expropiado del justiprecio caducado, pero supone, en contra de los que se sostiene en la sentencia de instancia, examinar en cada caso la voluntad del mismo en relación con el ejercicio de ese derecho reconocido ex lege, ejercicio del derecho de retasación sujeto a las reglas generales de todo derecho de tal naturaleza, además de las que específicamente establece la legislación sectorial”*. (FJ 4º). A lo que añade que será el Tribunal quien deba valorar la voluntad del expropiado atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si existe una voluntad de expropiado que suponga una renuncia expresa a la retasación, o que por hechos inequívocos del mismo haya de concluirse la voluntad del expropiado de excluir la retasación, que no podrá por lo tanto ejercitarla posteriormente.

Señala el Tribunal que *“en casos como el presente, en los que media una sentencia firme, que además y acogiendo una doctrina jurisprudencial favorable a la posición del expropiado recurrente, eleva muy notablemente el justiprecio inicialmente establecido por el Jurado, la actitud del expropiado, que conocido por la sentencia el alcance de la indemnización que finalmente le corresponde, no ejercita el derecho de retasación, aguardando más de un año la percepción del justiprecio en ejecución de sentencia, que recibe sin mediar manifestación alguna durante ese tiempo ni en el acta de pago sobre la retasación, de cuyo ejercicio prescinde durante largo tiempo, sin que se*

invoque la existencia de razones que justifiquen la demora, no pueden sino considerarse hechos propios representativos de la aceptación del quantum de la indemnización fijada en la sentencia, como satisfacción de su derecho indemnizatorio por el sacrificio patrimonial sufrido, lo que resulta contrario y excluyente de un posterior ejercicio del derecho de retasación, transcurridos más de tres años desde la sentencia y dos desde las actas de pago del justiprecio, sin ninguna causa que justifique la demora.

Ello resulta conforme con una interpretación del alcance del derecho de retasación adecuada a las previsiones de la Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento, a cuyo efecto cabe señalar: que el ejercicio del derecho de retasación con tan considerable demora, que pudiera entenderse justificada hasta la obtención de sentencia judicial en cuanto permite conocer el alcance final de la indemnización, pero que no se ha justificado en modo alguno tras tener conocimiento de la misma, no responde a la naturaleza y contenido del derecho de retasación, pues, en primer lugar, no es congruente con el hecho de que la demora por dos años en el pago del justiprecio determine la caducidad del mismo -por entender que pueden haberse modificado las condiciones que se tuvieron en cuenta para tal valoración- que el expropiado demore, de manera injustificada, la petición de retasación por un tiempo muy superior, incluso computado desde la sentencia judicial; en segundo lugar, no puede olvidarse que la retasación implica establecer un nuevo justiprecio, conforme a las circunstancias y elementos de valoración concurrentes al tiempo de la solicitud, de manera que la elección de tal momento determina el alcance de la indemnización, que quedaría así a la voluntad de una de las partes de la relación expropiatoria, propiciando actitudes especulativas y el ejercicio abusivo del derecho, poco conformes con el carácter objetivo que la legislación de expropiación forzosa establece en cuanto al momento al que ha de referirse el justiprecio y las consecuencias de la demora en su determinación o abono; finalmente y por esas mismas razones, como bien señala la Sala de instancia en su muy elaborada sentencia, la situación de pendencia del justiprecio durante el largo plazo de prescripción del derecho, a voluntad del expropiado, sin causa que lo justifique, afecta gravemente a la seguridad jurídica, alterando sustancialmente los tiempos, referencias y elementos de fijación del justiprecio, que la legislación de expropiación forzosa regula como elemento esencial de la institución, de manera que una interpretación conforme a dicho principio y a la legislación sectorial, exige adecuar a los mismos el ejercicio del derecho de retasación, conforme a la finalidad y contenido del mismo, pues el plazo de prescripción se fija por el legislador a efectos de la pervivencia del derecho -en este caso justificado sin duda por las características del procedimiento expropiatorio y sus variadas incidencias-, pero no como medio para propiciar una alteración de su contenido por el juego del tiempo y a voluntad de su titular, con quiebra de los criterios objetivos legalmente establecidos". (FJ 4º.)

8.5. Suelo urbano sin aprovechamiento atribuido en el planeamiento. Significado y alcance del art. 29 de la ley del suelo y valoraciones de 1998.

La STS, Sec. 6ª, 11/10/2011, RC 1596/2008, realiza una detallada exégesis del contenido y alcance del artículo 29 de la Ley del Suelo y Valoraciones de 1998. A dicha cuestión se dedica el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, donde se comienza por resaltar que *“el art. 29 LSV es de aplicación, a efectos valorativos, siempre que una finca no tenga atribuida edificabilidad susceptible de apropiación privada; lo que abarca no sólo el supuesto de ausencia de edificabilidad, sino también el de edificabilidad destinada a usos no lucrativos, como son las dotaciones públicas”*. Seguidamente examina la Sala el significado de la locución *“media ponderada de los aprovechamientos, referidos al uso predominante, del polígono fiscal”*. Advierte el Tribunal que la comprensión del art. 29 LSV exige examinar tanto la noción de *“media ponderada”* como la de *“aprovechamientos, referidos al uso predominante, del polígono fiscal”*. Comenzando por ésta última, señala esta sentencia que *“es claro que el ámbito espacial a tener en cuenta es el polígono fiscal donde se halle la finca, por lo que cualquier utilización de aprovechamientos ajenos al polígono fiscal correspondiente no resulta conforme al art. 29 LSV . Dicho esto, es claro que en el inciso que se acaba de transcribir la palabra “aprovechamiento” vuelve a significar edificabilidad, como ocurría en la descripción del supuesto de hecho, pues de lo que se trata es de tener en cuenta, a los solos efectos valorativos, las edificabilidades existentes en el polígono fiscal. Pero las edificabilidades que hay que tener en cuenta -y éste es un punto crucial- no son todas las existentes en el polígono fiscal, sino únicamente las referidas al uso predominante”*. En cuanto a *“la media ponderada”* de los aprovechamientos, referidos al uso predominante, del polígono fiscal, entiende la Sala que *“se trata de un concepto matemático cuya previsión por el art. 29 LSV responde seguramente a la necesidad de reducir a cantidades conmensurables edificabilidades que, por tener intensidades diferentes, no son automáticamente comparables. Ello se logra mediante la ponderación. Así, la media ponderada de que habla el art. 29 LSV no es la simple media aritmética, sino que en palabras del Diccionario de la Real Academia Española es el “resultado de multiplicar cada uno de los números de un conjunto por un valor particular llamado su peso, sumar las cantidades así obtenidas, y dividir esa suma por la suma de todos los pesos”*. Llegado a este punto, matiza el TS que el art. 29 no es aplicable si el uso predominante en el polígono fiscal tiene carácter no lucrativo. Así, el valor de las fincas situadas en un polígono fiscal cuya superficie es destinada mayoritariamente a viales o a dotaciones públicas no puede ser calculado mediante el art. 29 LSV , incluso si en dicho polígono fiscal hay, como excepción a la pauta general, algunos usos susceptibles de apropiación privada. Este supuesto extremo no está contemplado por el art. 29 LSV y, así las cosas, *“el aprovechamiento a efectos valorativos sólo puede ser hallado regresando a la mencionada jurisprudencia sobre “las fincas representativas del entorno”*. El entorno a tomar en consideración será más o menos amplio dependiendo del grado de dificultad para determinar qué es lo representativo. Tan es así que, como ya dijo la sentencia de esta Sala de 29 de noviembre de 2005, en ausencia de un entorno adecuado cuyo aprovechamiento pueda ser razonablemente aplicado a la finca que se debe valorar, cabe tener en cuenta el aprovechamiento medio de todo el Plan General de Ordenación Urbana: a falta de otros datos, el único entorno representativo viene dado por todo el territorio comprendido en el planeamiento general”.

8.6. Suelo urbanizable. Valoración según método jurisprudencial cuando no se justifica la existencia de valores ciertos que permitan la aplicación del método residual.

La **STS, Sec. 6ª, 30/03/2012, RC 4868/2010**, encabeza un grupo de sentencias del Tribunal Supremo que resuelven sobre diversas controversias suscitadas en el proyecto expropiatorio del Eje-Aeropuerto, Acceso Norte-Sur: M-12.

Con variantes, en este grupo de asuntos, concretamente en el más completo que es sobre el que versa la presente reseña, se suscitan dos cuestiones principales, a saber: en primer lugar, si los terrenos expropiados deben ser tenidos como suelo urbanizable programado o como suelo no urbanizable. En segundo lugar, en torno a la aplicabilidad del método valorativo que debe aplicarse.

La Sentencia de 30 de marzo de 2012 que culmina el recurso de casación referido, confirma la decisión tomada por la Sala de instancia sobre la primera cuestión planteada, porque fracasan los motivos de casación que se articularon por la beneficiaria de la expropiación para combatir tal parte del fallo: ni se apreció falta de motivación en relación con la valoración de la prueba, ni ilógica valoración de la prueba, por vulneración del régimen regulador de valoración de la documental pública como prueba tasada.

Así pues, se mantiene la aplicabilidad al presente proyecto expropiatorio de la solución ofrecida por esta misma sección en la sentencia de 21 de julio de 2008, para una controversia suscitada en el proyecto expropiatorio (distinto del presente) "Autopista de Peaje R-2 Madrid-Guadalajara" Tramo: Eje Norte-Sur del Aeropuerto de Barajas M-5 (Enlace del Jarama). De manera específica se dice que si bien el sistema general viario discurre sobre suelo urbanizable no programado no sectorizado, sin embargo dicho sistema se halla incluido en el Programa de Actuación del Plan General dentro de las actuaciones previstas con la denominación Eje Norte-Sur y Radial 2, VG-8 en el código de planos. En definitiva, se mantiene la clasificación de urbanizable programado, dado que son terrenos que forman parte del sistema general viario y se encuentran incluidos en el PGOU de Alcobendas de 1999 en un programa de actuación. De este modo, descartada su clasificación como no urbanizables en el sentido pretendido por la beneficiaria, no se analiza la cuestión planteada por ella relativa a la inaplicabilidad de la doctrina sobre los sistemas generales, a partir de las reformas operadas en la Ley 6/98, por, sobre todo la Ley 10/2003, si bien que se realiza una mención tangencial, a mayor abundamiento en la sentencia, concretamente, en su fundamento de derecho séptimo in fine, remitiéndose a la solución dada sobre la cuestión en otros precedentes, tales como las Sentencias relativas al Aeropuerto de Burgos.

La segunda cuestión que se planteó en la controversia resuelta, esto es, la relativa a la concreta valoración de los terrenos expropiados, constituye el objeto de los dos últimos motivos de recurso planteados por la beneficiaria. La Sala de casación concluye apreciando incongruencia en la sentencia de instancia, por no pronunciarse sobre cuestión planteada por la recurrente en la

primera instancia que pidió que, para el caso de que se entendiera que se trataba de suelo urbanizable, susceptible de valoración conforme al 27.1 de la Ley 6/98, se aplicara el método objetivo, pues no existían elementos objetivos y fiables, que permitieran obtener precio cierto de mercado. La Sala aprecia los dos últimos motivos y entra a resolver sobre el fondo de la cuestión, concluyendo, primero, en la inexistencia de elementos objetivos que permitan obtener un precio de mercado cierto y, segundo, en consecuencia, aplicando el método objetivo de creación jurisprudencial, siguiendo precedentes de la Sala tales como las sentencias de 20 de junio de 2006, 26 de octubre de 2005 y 23 de mayo de 2000. Así, en el fundamento de derecho octavo de la Sentencia, párrafo cuarto se dice: *"...la jurisprudencia de esta Sala ha establecido un método inspirado en el Real Decreto 3148/1978, de 10 de diciembre, de acuerdo con las Órdenes ministeriales correspondientes que establecen para cada año y para cada área geográfica, los precios para Viviendas de Protección Oficial, al que acude cuando en aplicación del método residual, la situación existente no permite atender a valores en venta correspondientes a la zona o área."*

También resulta de interés **la STS, Sec. 6ª, 14/05/2012, RC 6994/2010**, que resuelve sobre el justiprecio fijado para algunos terrenos en el expediente de expropiación "Ensanche Sur, Sectores PP-1, PP2 y PP3 del PGOU de Alcorcón".

Tres cuestiones peculiares son fijadas por la Sala en esta sentencia.

En primer lugar, se concluye en la aplicabilidad del método jurisprudencial de valoración basado en precios V.P.O. cuando la Sala constate la ausencia de precios de mercado ciertos y fiables. Se rechaza que el artículo 1.Cuatro del a Ley 10/2003, que modifica el artículo 27.1 de la Ley 6/1998 imponga de manera obligatoria e ineludible, en todo caso, la aplicación del método residual dinámico en la valoración de terrenos clasificados como urbanizables.

En segundo lugar, se concluye que el momento inicial del expediente de justiprecio, determinante del momento de referencia de la valoración, debe situarse, por tratarse de un expediente o proyecto expropiatorio llevado o seguido por el sistema de tasación conjunta, en el momento de exposición al público del proyecto expropiatorio. En este sentido se dice en el cuarto párrafo del fundamento de derecho octavo que: *"(...), la exposición al público y notificación individual de la tasación a los titulares de los bienes y derechos del expediente, para que en el plazo de un mes puedan formular las observaciones y reclamaciones que estimen convenientes, en particular en lo que concierne a la titularidad o valoración de sus respectivos derechos, cumple una función similar, por su contenido, al requerimiento efectuado al expropiado en el expediente de justiprecio individualizado, para que formule la correspondiente hoja de aprecio, momento al que la jurisprudencia y el art. 24 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, consideran como fecha de referencia de valoración de los bienes y derechos expropiados."*

En tercer lugar, la Sala rechaza la tesis planteada por la Administración expropiante, por la cual, en las expropiaciones llevadas a cabo por el sistema de tasación conjunta, únicamente pueden plantearse controversias sobre titularidad y superficie de las fincas objeto de expropiación, por vía de impugnación del acuerdo de la Comisión de Urbanismo del artículo 202.7 del Reglamento de Gestión Urbanística, al ser éste susceptible de impugnación autónoma, lo cual lleva a la parte a negar la facultad del Jurado Territorial de Expropiación para resolver sobre tal particular cuestión y, a rechazar que la Sala de instancia pueda plantearse la cuestión por la vía de impugnación del Acuerdo del Jurado de fijación de justiprecio. Se debe seguir aquí lo que reiteradamente tiene dicho la Sala, para supuestos de expropiación individualizada y así, con ocasión de la impugnación del acuerdo de fijación del justiprecio, en cuanto pone fin a dicho procedimiento, pueden denunciarse cuantas infracciones puedan haberse producido en los actos anteriores (aunque fueran susceptibles de impugnación autónoma). La naturaleza del acuerdo de fijación de justiprecio por el Jurado que no se altera por el hecho de que se produzca en el procedimiento de tasación conjunta. Es correcto, por lo tanto, también en supuestos de tasación conjunta, plantear la denuncia sobre la determinación de la superficie en la instancia y su resolución por el Tribunal a quo, con ocasión de la impugnación de Acuerdo del Jurado de fijación de justiprecio.

9. EXTRANJERÍA Y ASILO

9.1. Extranjería

9.1.1. *Validez por sí misma de la resolución por la que se concede la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar y determinación del ámbito competencial de examen y cognición del asunto por parte del agente diplomático o consular en la tramitación del expediente de obtención del visado.*

La **STS, Sec. 3.ª, 5/10/2011, RC 5245/2008**, estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso formulado contra una resolución del Consulado General de España en Casablanca, mediante la que se le denegó a una ciudadana marroquí el visado solicitado para reagrupación familiar con su hijo, de la misma nacionalidad, residente legal en España. El Tribunal Supremo parte de la consideración de que *“la resolución por la que se concede la autorización de residencia temporal por reagrupación es válida por sí misma, aunque su eficacia y consiguiente despliegue de efectos queda supeditada a la obtención y expedición del visado. (...) Por tanto, la concesión de la autorización de residencia por reagrupación no es producto del ejercicio de una competencia compartida, en cuya virtud sea necesaria para su misma existencia y validez la concurrencia sucesiva de dos voluntades (la del Subdelegado del Gobierno, primero, y la del agente diplomático o consular, después), sino que se perfecciona por la propia resolución que la concede, siendo la posterior expedición del visado mero requisito de eficacia de la misma.”* (FJ 5º). Asimismo, señala que la Sala de instancia incurre en un error al afirmar que en este primer expediente del

artículo 42 del R.D. 2393/2004 de 30 de diciembre, de autorización de residencia por reagrupación, sólo se valora la situación y circunstancias vitales del reagrupante, pues estima el Alto Tribunal que también se estudian las del reagrupado, desde el momento que entre los requisitos que se exigen al reagrupante figura la necesidad de aportar *"copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares y, en su caso, de la edad, y la dependencia legal y económica"*, pues *"Obvio es que si estos documentos se exigen ha de ser para algo, que sólo puede ser para que la autoridad competente para conceder el permiso de reagrupación estudie si realmente se da el presupuesto de hecho de la misma, esto es, la relación de parentesco y la vinculación legal y económica entre reagrupante y reagrupado."* (FJ 5º) Ahora bien, puesto que el artículo 43 del R.D. 2393/2004 dispone que en el curso del expediente de visado, el reagrupado habrá de aportar ante el agente diplomático o consular *"documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica"*, que es la misma documentación cuya copia se presentó ante la Administración interior del Estado, surge el problema planteado por la recurrente en casación, de la eventual fricción entre lo decidido en uno y otro expediente. Es en este punto en el que el Tribunal Supremo aclara que *"no se puede utilizar el expediente del artículo 43 para someter a nueva valoración los mismos elementos que ya han sido apreciados y valorados con ocasión de la decisión propia del expediente de autorización de residencia del art. 42."* y *"que habiéndose concedido por la Administración la autorización de residencia temporal por reagrupación (art. 42), la Embajada o Consulado podrá denegar el visado correlativo (art. 43) en los siguientes supuestos: 1º) Si el reagrupado no aporta (o no lo hace en debida forma) junto con su solicitud de visado la documentación propia o característica de este concreto expediente, que es la específicamente exigida por el artículo 43; o si esta documentación resulta inservible o insuficiente a los efectos pretendidos de expedición del visado. 2º) Si una vez aportados los documentos originales concernientes a los vínculos familiares, la edad, y la dependencia legal y económica, de los que en el primer expediente de autorización de residencia temporal únicamente se adjuntó copia, se comprueba tras el correspondiente examen y cotejo que esos datos aportados en el primer expediente, a través de simples copias, no son ciertos (esto es, que las copias presentaban algún tipo de falsedad) y que los originales no son suficientes a los efectos pretendidos (en tal caso además de denegarse el visado, lo procedente es instar la inmediata revisión de oficio de la inicial autorización de residencia temporal por reagrupación). 3º) Si con ocasión de la tramitación del expediente para la obtención del visado surgen o se aprecian datos o elementos de juicio novedosos, esto es, no tenidos en cuenta al tiempo de resolver sobre la autorización de residencia temporal para la reagrupación familiar, que pongan de manifiesto una circunstancia que justifique la denegación del visado pretendido (una vez más, en la medida que esa circunstancia novedosa pudiera dar lugar a reconsiderar la propia validez de la precedente resolución de concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, habrá de valorarse su revisión de oficio)." (FJ 5º)*

9.1.2. *La reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España ha pasado a quedar regulada en el R.D. 240/2007, de 16 de febrero, atendiendo a la redacción de los*

preceptos de dicho Real Decreto resultante de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 114/2007, y a falta de una norma específica sobre este ámbito.

La **STS, Sec. 3.ª, 20/10/2011, RC 1470/2009**, estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso formulado contra una resolución del Consulado de España en Quito que denegó a un ciudadano ecuatoriano el visado de reagrupación familiar con su hijo nacionalizado español, entendiendo la sentencia de instancia que resultaba aplicable el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre y que, aunque se entendiera aplicable el art. 2-d del RD 240/2007, la consecuencia sería la misma, esto es que el recurso no podría prosperar y ello al entender la Sala *a quo* que no podía decirse “taxativamente” que el padre viviera de manera “exclusiva” “a cargo” del reagrupante. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y, partiendo de la base de que el reagrupante es un ciudadano de origen ecuatoriano que al tiempo de solicitar la reagrupación con su padre había adquirido la nacionalidad española por residencia, y de que la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 114/2007, declara la nulidad del inciso “*de otro Estado miembro*” del artículo 2º del Real Decreto 240/2007, así como de la Disposición Final Tercera, 2, del Real Decreto impugnado 240/2007 – que introducía una Disposición Adicional Vigésima en el Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre– razona que “*desde el punto de vista del Derecho interno español(...)a falta de una norma específica sobre este peculiar ámbito (que no la hay), dicho Real Decreto ha pasado a regular también el caso aquí examinado, de reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España*” (FJ 7º). Partiendo pues, el Tribunal Supremo de la aplicabilidad a este caso de lo dispuesto en el Real Decreto 240/2007, destaca el Alto Tribunal que “*de todos los requisitos exigidos en el Real Decreto 240/2007 para la reagrupación de ascendientes, el más relevante es el consistente en que el reagrupado se encuentre “a cargo” del reagrupante.*” (FD 9º) teniendo en cuenta que “*la “expresión “a cargo” empleada por el RD 240/2007 procede, como hemos visto, de la Directiva 2004/38*” (FD 9º), en la que “*el reagrupante tiene directamente conferido por el Derecho de la Unión Europea el derecho a reagrupar a sus ascendientes directos a su cargo, e incluso se requiere a los Estados miembros para que “faciliten” la entrada y la residencia de otros familiares*” (FD 9º) por lo que “*ha de concluirse que: en primer término, a tenor de este marco regulador, la posibilidad de reagrupación se presenta más expedita y por ende debe ser aplicada con criterios menos restrictivos (aunque en ningún caso con carácter incondicionado) cuando el reagrupante es ciudadano de la Unión europea (...); En segundo lugar, que la labor interpretativa y aplicativa del concepto jurídico indeterminado “ascendientes directos a cargo del reagrupante español”, tiene que realizarse básicamente con base en los criterios que proporciona el Derecho europeo, y finalmente, que en el supuesto de reagrupación de ascendientes de españoles, no puede el Ordenamiento interno español restringir la operatividad de tal concepto, “a cargo” con pretendido apoyo en un margen de disposición normativa del que,*

en este concreto punto, carece.”(FD 9º) de lo cual deduce la Sala que “el familiar “a cargo” contemplado en el RD 240/2007 no coincide, o no tiene por qué coincidir, con el familiar a cargo definido en el RD 2393/2004.”(FD 9º) pero sin que quiera “decirse con esto que la individualización de los casos en que efectivamente quepa apreciar la concurrencia de una situación en la que el reagrupado necesita de la asistencia del reagrupante español para hacer frente a sus necesidades básicas (que tal es el canon de concreción del concepto “a cargo”) quede al albur de la indefinición y la inseguridad jurídica. Tal operación de individualización requerirá una valoración casuística y circunstanciada, como corresponde a la dogmática de los conceptos jurídicos indeterminados, que siempre será racionalizable y por tanto controlable en cuanto a su adecuación a la Ley y al Derecho.” (FD 9º).

9.1.3. Inaplicabilidad del artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000 (en la redacción previa a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre) en el caso de una kafala marroquí constituida por los padres biológicos del menor a favor de la tía de éste.

En la **STS, Sec. 3.ª, 9/12/2011, RC 2917/2010**, la Sala desestima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que a su vez desestimó el recurso formulado contra una resolución del Consulado de España en Nador por la que se denegó a una menor el visado de residencia en España para reagrupación familiar con su tía, a favor de la cual los padres biológicos de la menor habían otorgado una kafala. Tomando como punto de partida que la Ley Orgánica 4/2000 reconoce que los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a “los menores de dieciocho años [...] cuando el residente extranjero sea su representante legal” (artículo 17.1.c) en la redacción previa a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre), la Sala establece que “los términos “representante legal” del menor tienen una significación precisa que, cuando se trata de un extranjero, requiere al menos que el reagrupante nacional del tercer país ostente, de modo inequívoco, dicha representación según su propio derecho. “(FJ5) advirtiendo a continuación que, en una primera aproximación al derecho marroquí, “no parece identificarse o vincularse necesaria e inexorablemente la custodia del menor entregado en kafala con su “representación legal” (...) menos aún (...) cuando se trate de una kafala notarial que no requiere la intervención judicial sino que responde al mero acuerdo, privado, en cuya virtud los padres del menor entregan a su hijo al kafil, como en este caso ocurre, ante “dos adules notarios que suscriben la presente acta”. Dicha entrega (...) no despoja, en puridad, al padre de su condición de representante legal del hijo.”(FJ5). Asimismo, sostiene la Sala que la regulación establecida en el derecho español con relación al derecho a la reagrupación familiar reconocido a favor de los nacionales de terceros países debe interpretarse en los términos más favorables al régimen establecido por la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, y puesto que “entre las personas que pueden considerarse, a efectos de reagrupación familiar, “miembros de la familia” autorizados a reunirse con el reagrupante figuran tan sólo en el artículo 4.1 de la Directiva 2003/86/CE los “hijos menores, incluidos los hijos adoptivos” de aquél (...)lo que se impone es precisamente una interpretación de la ley

nacional que no amplíe a supuestos como el de autos el régimen comunitario de reagrupación familiar”.(FJ6). Finalmente, se añade la consideración de que, incluso partiendo del principio rector favorable a la prevalencia de los intereses de la menor y admitiendo, a los meros efectos dialécticos, que ésta pudiera gozar de mejores medios de vida viviendo con su tía, residente en España, antes que con sus padres marroquíes (de quienes se afirma en el recurso que viven en Argelia), ello no implica necesariamente que tengan las autoridades españolas la obligación de acceder a la expedición del visado de reagrupación familiar solicitado, cuyas pautas normativas de aplicación no lo autorizan.

9.1.4. Visado de residencia no lucrativa

La **STS, Sec. 3.ª, 22/3/2012, RC 1260/2010**, estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso interpuesto contra una Resolución del Consulado General de España en Moscú, en virtud de la cual se denegó la solicitud de visado de residencia no lucrativa que había solicitado la recurrente, “por no reunir las condiciones establecidas”, si bien constaba en el expediente que el Cónsul asumió las cuatro razones dadas por la Sección de Visados para informar en sentido desfavorable la solicitud: por falta de arraigo en España; porque los solicitantes realizan actividades laborales -empresarios-; por no existir la certeza de que no vayan a realizar en España actividades laborales, teniendo en cuenta su edad; y por no quedar claro por qué desean residir en España más de 180 días/año. Tras fijar el marco normativo aplicable, señala el Alto Tribunal que no puede compartirse sin matices la afirmación del Tribunal *a quo* de que la concesión de los visados de residencia no lucrativa se rige por un criterio de “*discrecionalidad fuerte*”, afirmación que pretende sostener la Sala *a quo* en la falta de exigencia de motivación de este tipo de resoluciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.6 de la L.O. 4/2000 (en la redacción aplicable a este litigio); precisa la Sentencia analizada que, de tal precepto, y del contexto normativo en que se inserta, no cabe extraer tan rigurosa consecuencia, y que un acto administrativo no requiera una motivación expresa no implica necesariamente que -por tal razón- sea “fuertemente” discrecional, ocurriendo además que en casos como el examinado, la norma atributiva de la potestad administrativa se nutre mayoritariamente no de elementos discrecionales sino reglados. Partiendo pues el Tribunal de la posibilidad de un pleno control jurisdiccional de la adecuación a Derecho de la decisión de la Administración (confirmada por la Sala de instancia) denegatoria del visado de residencia, procede a examinar las circunstancias del caso. Señala así, que:” *En primer lugar, la sentencia basa la desestimación del recurso en unas razones que la propia Administración había descartado en la resolución administrativa contra la que se interpuso el recurso contencioso-administrativo”* pues “*si la propia Administración consular, en la resolución contra la que se interpuso el recurso contencioso-administrativo, obvió el reproche que antes había esgrimido sobre el origen y licitud de los ingresos económicos invocados en la petición de visado, lo que no podía la Sala de instancia era recuperar esa misma perspectiva que la Administración había descartado, y basar en ella la desestimación del recurso.(...) En segundo lugar, porque la denegación del visado por el Consulado refleja una forma de actuar que no puede aceptarse*

desde el punto de vista de la normativa aplicable (...) se denegó el visado únicamente sobre la base de las dudas sobre la veracidad de los motivos invocados para pedir el visado. Ahora bien, esas dudas no se sustentaron en hechos claramente acreditados sino en meras conjeturas o afirmaciones carentes de sustento real. (...) En tercer lugar, porque cuando se opone a la recurrente que no tiene arraigo en España, se está exigiendo algo que no requiere el tipo de visado solicitado.(...) En cuarto lugar, porque (...) reprochar a la recurrente que no queda claro el propósito de por qué desea pasar más de 180 días al año en España (...) implica un juicio de intenciones desprovisto de sustento, y además supone de nuevo exigir un requisito que la norma no exige(...) En quinto lugar, porque en cuanto concierne al argumento de que no existe la certeza de que no vaya a realizar actividades laborales en España, tal reproche se basa de nuevo en conjeturas(...) Por lo demás, lo que la legislación española exige no es que el solicitante de este tipo de visados no realice trabajo alguno, sino que no lo realice en España, que es cosa muy distinta” (FJ8). Por las razones expuestas, concluye el Tribunal que las razones dadas por la Administración, asumidas por la Sala de instancia, resultan insuficientes para justificar la denegación del visado pretendido, por lo que estima el recurso de casación, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 95.2.d) LJCA, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Consulado General de España en Moscú, anulándola y ordenando que el expediente prosiga su tramitación administrativa con el objeto de obtener la autorización de residencia en los términos fundamentados.

9.2. ASILO

9.2.1. Reconocimiento del derecho de la recurrente, y por extensión de su hija nacida en España, a permanecer en España por razones humanitarias, tomando en consideración las circunstancias personales de la recurrente, no vinculadas a la causa de asilo invocada. Examen de la evolución legal de las razones humanitarias como causa de permanencia en España.

La **STS, Sec. 3.ª, 24/2/2012, RC 2476/2011**, estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y aunque mantiene el mismo criterio que la Sala *a quo* sobre la no apreciación de la concurrencia de causas que justifiquen la concesión del asilo solicitado, por la falta de verosimilitud y solidez del relato, sin embargo, y en atención a las particulares circunstancias personales de la recurrente, no vinculadas a la causa de asilo invocada, reconoce el derecho de la recurrente, y por extensión de su hija nacida en España, a permanecer en España por razones humanitarias. Con carácter previo a la toma de esta decisión, estudia el Alto Tribunal la evolución legal de las razones humanitarias como causa de permanencia en España, señalando como desde la reforma operada por el Real Decreto 1325/2003 en el Reglamento de Asilo (aprobado por Real Decreto 203/1995), cabía distinguir el apartado 3º del artículo 31 que seguía disponiendo que la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, contemplada en el artículo 17.2 de la ley, debía entenderse referida a aquellos supuestos en que se apreciara la existencia de "motivos serios y fundados para determinar que el

retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado", de modo que la jurisprudencia siguió vinculando la interpretación y aplicación del artículo 17.2 a la existencia de una situación conflictiva en el país de origen como factor decisivo para la autorización de permanencia ahí prevista- del apartado 4º del citado artículo 31 -que introdujo la posibilidad de valorar una autorización de permanencia por razones humanitarias distintas de las previstas concordadamente en el artículo 17.2 de la Ley y en el apartado 3º del artículo 31 de su reglamento de aplicación; razones humanitarias que ya no tenían por qué estar necesariamente vinculadas o conectadas con las causas de asilo, ni tener su origen en una situación de conflicto, inestabilidad o riesgo en el país de origen, y podía por ende atenderse a otras circunstancias de índole personal o social concurrentes en el solicitante-. Posteriormente, a través del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, se dio una nueva redacción a los apartados 3º y 4º del artículo 31 del Reglamento de Asilo, señalándose que la posibilidad contemplada en el apartado 4º podía y debía ser valorada en el propio expediente de asilo en la medida que en el curso del mismo se evidenciara la existencia de las razones humanitarias ahí recogidas y admitiéndose que esa autorización de permanencia en España por razones humanitarias distintas de las contempladas en el apartado 3º no revistiera la forma de una mera autorización de estancia sino de autorización de residencia. Finalmente, la nueva Ley de Asilo de 2009 ha modificado profundamente el régimen jurídico de estas consideraciones humanitarias en los expedientes de asilo, pues introduce la figura de la "protección subsidiaria", que aunque se define en el art. 4 con parámetros no lejanos a los del artículo 17.2 de la anterior Ley y de la jurisprudencia que lo había aplicado, dispensa un régimen de protección superior al que resultaba de ese art. 17.2, pues se asimila a la protección que da la concesión del asilo (arts. 5 y 36); y la misma ley de Asilo de 2009 prevé, finalmente, una última posibilidad, en la línea del art. 31.4 del reglamento de asilo, la recogida en su art. 46.3, cuando señala que por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración. Tomando en consideración todo lo anterior, y descendiendo al caso examinado, la Sala tiene en cuenta la existencia de *"un informe objetivo emitido por una Institución como Cruz Roja Española, que además de su probado carácter voluntario y de interés público, desarrolla su actividad bajo la protección del Estado Español a través de su Consejo de Protección, acomodándose a los Principios Fundamentales recogidos en sus Estatutos, entre los que se destacan los de Imparcialidad, Neutralidad, Humanidad, Independencia, Voluntariado y Universalidad."*(FJ7), informe que *"refleja el estado de shock de la recurrente al llegar a España que sufría depresión aguda con diversas alteraciones, del sueño, del apetito y crisis de ansiedad, debidos al trauma vivido derivado de la pérdida de su hija durante el trayecto en una patera, viajando a España desde Marruecos y los dramáticos pormenores relatados del suceso (...)"*(FJ7), estimando que estas circunstancias, permiten a la Sala autorizar la permanencia en España de la recurrente, y por extensión a su hija nacida en España, por las apuntadas razones humanitarias.

9.2.2. *Necesidad de valorar información actualizada de la situación existente en el país de origen del solicitante de asilo al examinar la concurrencia de razones humanitarias que permitan autorizar la permanencia en España de conformidad con el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/84 y el art. 31.3 de su Reglamento de aplicación.*

La **STS, Sec. 3.^a, 21/5/2012, RC 4102/2011**, desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que, estimando parcialmente el recurso interpuesto ante ella, otorgó al demandante la autorización de permanencia en España al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984. Sostiene el Alto Tribunal que la concesión del derecho de asilo y la obtención del estatuto de refugiado y la autorización de permanencia en España por razones humanitarias de aquellos a quienes se ha denegado la petición de asilo son dos instituciones jurídicas diferenciadas (por más que relacionadas en cuanto que referidas en sentido amplio a la problemática del asilo), diferente caracterización que *“se pone de relieve por la diferente perspectiva de examen y valoración de las circunstancias concurrentes que ha de emplearse en uno y otro caso. En efecto, cuando se trata de valorar la concesión del asilo y el consiguiente reconocimiento del derecho a la obtención del estatuto de refugiado, adquiere una relevancia primordial la valoración del relato personal de persecución expuesto por el solicitante de asilo, (...) Cuando se trata de valorar la autorización de permanencia en España por razones humanitarias al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984, no se requiere la constatación de una persecución individual (que en caso de acreditarse suficientemente darían lugar sin más a la concesión del asilo), sino que cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él, que puede ser acreditado a través de la información detallada sobre la evolución del país de origen, que permitirá aportar datos idóneos para valorar la posible aplicación de la situación de los “conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso” a que concretamente se refiere ese artículo 17.2 (en este sentido, SSTS de 8 de julio de 2011, recurso de casación nº 1587/2010, y las que en ella se citan).”* (FJ5). Advierte además el Tribunal que, en el sistema de protección establecido en la Ley de Asilo 5/1984 y su reglamento de aplicación aprobado por Real Decreto 203/1995 (que es el aplicable al caso examinado), se prevén dos posibilidades de examen de la concurrencia de razones humanitarias: una, la recogida en el apartado 3º del art. 31 en relación con el art. 17.2 de la Ley, se refiere a las razones humanitarias relacionadas, vinculadas o conectadas a una situación de riesgo, conflicto, inestabilidad o peligro para los derechos básicos de la persona solicitante en su lugar de procedencia, donde se mantiene la tradicional vinculación entre las razones humanitarias y las causas de asilo; y otra, la contemplada en el apartado 4º, en que esa vinculación con las causas de asilo ya no es determinante, como se explicó con detalle en la STS, Sec. 3.^a, 24/2/2012, RC 2476/2011. Pues bien, en el caso examinado, la Sala de instancia, aun rechazando la pretensión del allí demandante de reconocimiento del derecho a la obtención del asilo, por las debilidades e insuficiencias de su relato y su falta de acreditación ni siquiera indiciaria, declaró sin embargo su derecho a la permanencia en España por razones humanitarias al amparo del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, tomando en consideración un reciente informe

del ACNUR que se aportó a los autos y se sometió a la consideración de las partes como diligencia final, informe que apuntaba que la situación sociopolítica general de Costa de Marfil había evolucionado en sentido negativo a lo largo de los últimos tiempos, por lo que el ACNUR solicitaba -sic- "firmemente" que se dejaran sin efecto las devoluciones al país de origen de los solicitantes de asilo procedentes de Costa de Marfil cuyas peticiones habían sido denegadas "durante el tiempo necesario para que la seguridad y la situación de los derechos humanos en el país se establezca lo suficiente como para permitir un retorno seguro". Tiene en consideración el Alto Tribunal que "*Ciertamente al tiempo de la solicitud de asilo por parte del actor en la instancia, esto es, en 2007, la situación de ese país de origen mostraba signos favorables de estabilización que permitían por aquel entonces acordar la devolución a dicho país, habiéndose pronunciado en tal sentido el informe del mismo ACNUR de 2007 al que también se refiere la sentencia de instancia*"(FJ7) pero argumenta que, a la hora de resolver sobre la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, no debe atenderse exclusivamente a la situación existente en el país de origen al tiempo de la solicitud de asilo, sino que también ha de tomarse en consideración la situación realmente existente en el momento en que se dicta la resolución judicial de instancia combatida en casación, dado que "*el espíritu y finalidad de la protección humanitaria contemplada en el artículo 17.2 de la Ley es proporcionar al solicitante de asilo un mecanismo de protección y salvaguardia frente al peligro que para su persona pudiera suponer su regreso al país de origen por causa de la situación general de conflicto o desprotección de los derechos humanos en el mismo. Desde esta perspectiva, ese espíritu y finalidad de la Ley se vería frustrado e incluso transgredido si, so pretexto de que la situación del país al tiempo de la solicitud era aceptable, se ignorara o dejara de lado el dato debidamente acreditado de que esa situación ha evolucionado a peor con posterioridad, hasta el punto de desaconsejar el retorno en el momento preciso en que se resuelve sobre el recurso jurisdiccional promovido frente a la resolución administrativa denegatoria (...)*" (FJ7), acordando finalmente la desestimación del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

10. Función pública

10.1. Pactos y Acuerdos entre Sindicatos y Administración. Carencia de eficacia y validez antes de su ratificación por la Administración al incorporarlos a una disposición general, dada la naturaleza esencialmente organizativa de las condiciones esenciales del estatuto de los funcionarios públicos.

La **STS, Sec. 7ª, 16/5/2012, RC 2746/2011**, ratifica la sentencia que declaró conforme a Derecho el Decreto 43/2009 de Castilla y León, de 2 de julio, por el que se regula la carrera profesional del personal estatutario de los centros e instituciones sanitarias del Servicio de Salud de esta Comunidad Autónoma, toda vez que es respetuoso con el art. 38.10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El TS sostiene, en relación con los efectos jurídicos de los Pactos y Acuerdos, que, en el caso de las Administraciones Públicas, su contenido solo

sería directamente aplicable cuando hayan sido ratificados, esto es, cuando los órganos de Gobierno, y no quienes han negociado y firmado el pacto, acuerden su ratificación adoptando las debidas medidas normativas. Como se trata de un Acuerdo con contenido reglamentario, es evidente que si se adoptan por la misma autoridad competente para dictar la norma reglamentaria, derogan entonces aquellos reglamentos de igual o inferior rango que se le opongan. De ahí que la previsión de que, a efectos formales, se requiera la modificación o derogación de normas reglamentarias es redundante por innecesaria. Si, por el contrario, se precisa de una Ley, especialmente la presupuestaria, el Gobierno solo se obliga a presentar un proyecto de Ley. En el presente caso, el Decreto impugnado se dicta por la Consejera de Administración de la Junta de Castilla y León, en ejercicio de su potestad propia, que no quedó limitada por el Acuerdo alcanzado, cuya publicación, que no ratificación, se verificó por una Resolución del Director General de Trabajo y Prevención de Riesgos de esa misma Junta. Para estimar la limitación de la potestad reglamentaria de la Consejera habría que partir de que el Acuerdo había sido ratificado posteriormente por la Administración competente, y en consecuencia se había transformado en una norma, siendo solo desde entonces, desde su entrada en vigor, válido y eficaz frente a terceros como reglamento, sin perjuicio de que pudiera ser derogado por otro reglamento posterior de igual o superior rango.

Finalmente, en cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Acuerdo por parte de la Administración, el TS subraya que *«la sanción es simplemente la reanudación, a petición de cualquiera de las partes, de nueva negociación, que no necesariamente ha de concluir en un acuerdo, ni tiene que respetar el contenido mínimo de lo ya pactado e incumplido unilateralmente»* (FJ 4º).

10.2. Medidas extraordinarias de reducción del déficit público y minoración de nóminas de funcionarios. No existen razones para dudar de la constitucionalidad del RD-ley 8/2010. Las medidas previstas no infringen el derecho negociación colectiva ni derechos adquiridos, ni constituyen tampoco un tributo encubierto.

La **STS, Sec. 7ª, 2/3/2012, RCA 144/2011**, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una funcionaria del Tribunal de Cuentas contra la desestimación por parte de la Administración del recurso interpuesto contra la nómina del mes de junio de 2010 en relación con la reducción de retribuciones impuesta por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que adoptan medidas extraordinarias para reducción del déficit público. El TS recuerda la doctrina constitucional que confirma la concurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad exigido por el art. 86.1 CE. Asimismo excluye la infracción del derecho a la negociación colectiva, ya que es el convenio colectivo el que debe respetar la Ley, debiendo someterse no sólo a la Ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico, y no al contrario. Se descarta igualmente la infracción del art. 134 CE, que resulta aplicable a los pactos y acuerdos previstos ahora por el Estatuto Básico del Empleado Público, así como del art. 31.1 CE, pues la reducción de retribuciones de los empleados públicos no configura un tributo encubierto, al no establecer un hecho imponible al que se anude una obligación

de contribuir. Se excluye, finalmente, que el Real Decreto-ley infrinja los arts. 14 y 33 CE, descartando que recorte derechos económicos adquiridos de los funcionarios, ya que se refiere a derechos no devengados y además no se indican los preceptos infringidos ni los colectivos a los que se lesiona supuestamente el derecho a la no discriminación.

El TS recuerda que el Tribunal Constitucional, en varios autos (por todos, el Auto 179/2011, de 13 de diciembre, recaído en la cuestión de inconstitucionalidad nº 2298/2011), se ha ocupado de este Real Decreto-ley 8/2010 al inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por distintos tribunales y juzgados de los órdenes social y contencioso-administrativo.

10.3. No es posible la rehabilitación por silencio administrativo positivo en virtud del Estatuto Básico del Empleado Público.

En la **STS, Sec. 7ª, 29/2/2012, RC 238/2011**, la Sala ratifica la sentencia que confirmó el Acuerdo del Consejo de Ministros que desestimó la solicitud de rehabilitación en el Cuerpo de la Guardia Civil.

El silencio positivo reclamado no puede ser acogido ya que, en el momento de presentarse la solicitud de rehabilitación estaba ya en vigor el art. 68 de la Ley 7/2007, que, en relación con esta materia de la rehabilitación, dispone lo siguiente:

«Los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán conceder, con carácter excepcional, la rehabilitación a petición del interesado, de quien hubiera pedido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación. Si transcurrido el plazo para dictar la resolución, no hubiera producido de forma expresa, se entenderá desestimada la resolución».

Este precepto ha de considerarse aplicable tanto en virtud del silencio sobre esta materia de la Ley 42/1999 como por el carácter supletorio que, según el art. 2.5, tiene el Estatuto Básico del Empleado Básico en relación con el personal de las AAPP no incluido en su ámbito de aplicación. Y, por ello, es inaplicable la jurisprudencia anterior que admitió el silencio positivo respecto de solicitudes presentadas antes de la vigencia del Estatuto. La denegación de la rehabilitación no merece ser anulada, está motivada y es coherente, y las circunstancias que toma en consideración para ello no revelan una ponderación que pueda considerarse errónea o arbitraria por excesiva.

10.4. Extinción de la relación estatutaria del personal al servicio de Instituciones públicas de salud. Las «necesidades asistenciales» constituyen la clave para la prolongación en el servicio activo, una vez cumplida la edad de jubilación forzosa.

La **STS, Sec. 7ª, 15/2/2012, RC 1234/2011**, ratifica la sentencia que confirmó la resolución que denegó al recurrente la permanencia en servicio activo, pues, por una parte, no existe incongruencia omisiva en relación con la concurrencia o no de las necesidades asistenciales que permiten adoptar la

decisión de denegación de prórroga en servicio activo, ya que una lectura conjunta de la sentencia permite afirmar que la misma tuvo en cuenta toda la prueba practicada. Además, siendo cierto que la motivación exige dejar constancia de los elementos probatorios en los que se apoya la conclusión, no lo es menos que la jurisprudencia no exige respuesta individualizada respecto a cada documento, sino que basta una respuesta globalizada.

Por otro lado, si fuese aceptable que el art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, establece el derecho subjetivo a la prórroga en el servicio activo hasta los 70 años, podría tal vez exigirse que, para el establecimiento de la jubilación forzosa a los 65 años en un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, fueran necesarios unos condicionamientos impositivos o limitativos de ese pretendido derecho. Pero no constituye tal derecho, sino una mera facultad condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración en función de las necesidades de organización.

10.5. Publicidad y transparencia de los criterios de actuación del Tribunal Calificador.

La **STS, Sec. 7ª, 18/1/2012, RC 1073/2009**, anula una resolución del Tribunal Calificador de las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias en la que se hacía pública la relación de los aspirantes que habían superado el segundo ejercicio del citado proceso, por ser la misma contraria al art. 4.1 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado.

La sentencia afirma que el principio de publicidad que debe presidir el procedimiento selectivo de ingreso en la función pública se ve conculcado cuando el Tribunal Calificador decide con posterioridad a la fecha de realización de uno de los ejercicios tanto la nota de corte determinante del «no apto», como las variables ponderables al efecto de obtener dicha nota. Finalmente, el Tribunal reitera que el principio de publicidad *«exige que los criterios de actuación sean precedentes a la realización de las pruebas»*.

Ese principio de publicidad, en su formulación más genérica, añade el TS (FJ 4º), *«está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución (CE) y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional»*.

Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho de tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de

objetividad) que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas».

10.6. Pérdida de la condición de Guardia Civil por haber sido condenado a la pena de inhabilitación especial. Inexistencia de indefensión por falta de audiencia previa. Obligación de la Administración de hacer cumplir condena penal.

La **STS, Sec. 7ª, 16/1/2012, RC 3901/2010**, desestima el recurso de casación y confirma la legalidad de una resolución del Director General de la Guardia Civil, por la que se declaraba la pérdida de la condición de Guardia Civil como consecuencia de la condena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, en aplicación del art. 88.1.c) de la Ley 42/1999, de Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

El Tribunal Supremo declara que la sentencia impugnada se ajusta a la jurisprudencia de la Sala, según la cual las resoluciones que acuerdan la pérdida de la condición funcional como consecuencia de la imposición de la pena de inhabilitación operan automáticamente, respecto de la pérdida de dicha condición, desde que se imponen, y que por carecer de carácter sancionador, no requieren, en contra de lo sostenido por el recurrente, de un previo procedimiento administrativo que incluya trámite de audiencia, toda vez que la Administración se limita a constatar la existencia de tal sanción y a aplicar la consecuencia jurídica querida por la Ley.

11. Poder Judicial. Administración de Justicia.

11.1. Abstención y recusación de los miembros de las Juntas de Jueces. El deber de abstención y el derecho a la recusación son inseparables. Concepto de "amistad íntima" como causa de abstención.

El Tribunal Supremo, en la **STS, Sala 3ª, Sec. 7ª, 01/12/2011, RCA 317/2010**, analiza la posible aplicación supletoria del régimen de abstención y recusación previsto en la LRJAP y PAC respecto de los órganos de gobierno de los Tribunales de Justicia. Así, concluye que el régimen de abstención contemplado en la LRJAP y PAC rige también para las Juntas de Jueces "en cuanto sea de aplicación", de conformidad con el Reglamento 1/2000, de los órganos de gobierno de los Tribunales. Es decir, la remisión que hace el reglamento a la normativa contenida en la Ley 30/1992 no es automática sino en la medida en que dicha regulación sea aplicable, considerando la especial naturaleza y funciones de las Juntas de Jueces respecto de cuyo funcionamiento el Reglamento 1/2000 describe un régimen jurídico completo, pues no efectúa llamamiento de aplicación supletorio de la LRJAP y PAC.

El Alto Tribunal entiende que el instituto de la recusación está pensado para las relaciones jurídico-administrativas ad extra, es decir, aquellas que tienen como destinatario final de la resolución de un procedimiento a un interesado al que, como garantía de imparcialidad de las autoridades y

funcionarios que han de intervenir en la tramitación de aquél se le ofrece la posibilidad de apartar en quien concurra alguna de las causas que determinarían su obligación de haberse abstenido. Sin embargo, en las relaciones *ad intra* todos los miembros de la Junta de Jueces se encuentran en pie de igualdad y al ser portadores del mismo interés legítimo profesional todos tienen el mismo derecho a intervenir sin ser excluidos, por lo que el Reglamento 1/2000, de los órganos de gobierno de los Tribunales, contempla la posibilidad en lo que sea de aplicación a las Juntas de Jueces las causas de abstención del artículo 28 LRJAP y PAC pero excluye, por omisión, el régimen de la recusación del artículo 29 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, esta reflexión no impide que la Sala Tercera del Tribunal Supremo entienda que el deber de abstención y el derecho a la recusación son inseparables porque la aplicabilidad de las causas de abstención a los miembros de las Juntas de Jueces no tendría eficacia alguna en el caso de que el Juez en el que concurriera alguna de ellas decidiera no abstenerse, de tal forma que el derecho a la recusación es una garantía que no puede suprimirse, precisamente para mantener la virtualidad del deber de abstención y en aras de la efectividad del principio de imparcialidad como cualidad del órgano actuante en la esfera administrativa.

Sobre el motivo de abstención consistente en tener amistad íntima (ex artículo 28.2 c) LRJAP y PAC), el Tribunal Supremo aclara que no puede entenderse como simple amistad, no basta con cualquier relación de conocimiento, sino que es necesario que concurran y se acrediten unas circunstancias de hecho que revelen en el ámbito de la vida personal, ajeno al de la profesión, la proximidad y la estrecha vinculación que las pautas sociales actuales exigen para apreciar ese elevado nivel de amistad que resulta necesario para merecer la calificación de "íntima" (circunstancias como pueden ser, entre otras, la coincidencia de manera repetida o habitual en los tiempos y actividades de ocio, en celebraciones familiares, etc.). El artículo 28.2 c) LRJAP y PAC no contempla una relación profesional ni tampoco la personal basada en razones de cortesía, sino que es preciso un grado de amistad que por alcanzar una vinculación personal más intensa pueda hacer dudar de la imparcialidad.

11.2. Sanción de separación de la carrera judicial a Magistrado. Caducidad del expediente disciplinario al resultar contraria a derecho la prolongación del plazo acordada debido a las dificultades para obtener información de las diligencias penales instruidas simultáneamente al expediente disciplinario. Las conversaciones telefónicas intervenidas en la instrucción de un proceso penal están cubiertas por el derecho fundamental a la garantía del secreto de las comunicaciones.

En **STS, Sala 3ª, 30-04-2012, RCA 197/2010**, la Sala estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Magistrado contra varios acuerdos del Consejo General del Poder Judicial, entre otros, el acuerdo del Pleno por el que se le impuso la sanción de separación de la carrera judicial como autor responsable de cuatro faltas muy graves a resultas de la incoación de un expediente disciplinario que tuvo como antecedente una causa penal.

La Sala aprecia la caducidad del expediente disciplinario alegada por el Magistrado recurrente por cuanto entiende que no fue adecuado a la legalidad la suspensión acordada en el seno del expediente disciplinario hasta tanto se levantara el secreto acordado de las actuaciones penales por la Instructora de las mismas. Llega a dicha conclusión tras señalar que no resulta conforme a derecho que el instructor de un expediente disciplinario pretenda obtener información de una causa penal en fase de instrucción para aportarla como prueba a dicho expediente por cuanto la dificultad del acceso a los datos obrantes en las diligencias penales no surge del secreto acordado por la Instructora de las mismas con base en el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -al tratarse de una declaración de secreto respecto de las partes personadas- sino del carácter secreto que tienen las diligencias sumariales hasta que se produzca la apertura del juicio oral previsto en el artículo 301 de dicha Ley. Por tanto, concluye la Sala que no pueda aceptarse que la dificultad que encontró el instructor del expediente disciplinario de acceder a contenidos de una instrucción penal en curso pueda ser considerado razón excepcional de las previstas en el artículo 425.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para justificar la prolongación del plazo de caducidad del referido expediente puesto que tal dificultad no es algo extraordinario sino el efecto normal, expresamente contemplado en la legislación vigente.

11.3. Denegación a Magistrada de licencia por inscripción en Registro de parejas de hecho. La no equiparación del matrimonio y la pareja de hecho no infringe el artículo 14 de la Constitución española ni afecta al derecho a la conciliación y a la vida personal y familiar.

En **STS, Sala 3ª, 10-05-2012, RCA 836/2011**, la Sala confirma (aunque con un voto particular discrepante) el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que desestimó el recurso de alzada promovido por una Magistrada contra la resolución del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria por la que se denegó su solicitud de disfrutar de una licencia de quince días tras haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho al apreciar que su concesión no era posible al no existir previsión normativa al respecto.

La Sala rechaza, en primer lugar, que a la cuestión controvertida le fuera de aplicación la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ya que en la razón de decidir del acuerdo impugnado no tuvo incidencia la citada Ley sino que ésta se basó en que en las normas que resultaban de aplicación (Ley Orgánica del Poder Judicial y Reglamento de la carrera judicial) no reconocían la licencia pretendida a las parejas de hecho por entender que no eran situaciones asimilables a la unión matrimonial.

En relación con la sentencia del Tribunal Constitucional invocada por la recurrente, a juicio de la Sala lo que en ella se dice es que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equiparables a todos los efectos, siendo ésta una idea que posteriormente se ha desarrollado por la Sala primera del Tribunal Supremo para excluir la aplicación de la analogía a la hora de colmar las lagunas que pudieran existir acudiendo a las normas propias del matrimonio. Puesto en relación lo anterior con la regulación del régimen estatutario de Jueces y Magistrados, la Sala aprecia que el Reglamento de la

carrera judicial reconoce efectivos derechos a las uniones de hecho en determinados ámbitos de la conciliación de la vida familiar y laboral por lo que, desde esta perspectiva, es acorde con la sentencia del Tribunal Constitucional que cita la recurrente, entre los que no se incluye la equiparación a los efectos de la licencia solicitada y sin que sea posible acceder a la interpretación extensiva que se pretende por no existir analogía entre el matrimonio y la pareja de hecho.

Por último, el hecho de que la legislación autonómica de Cantabria reconozca este derecho no constituye argumento suficiente para anular, por contrario a derecho, el acuerdo recurrido que, como ya se expuso, se basa en la falta de previsión específica en la Ley Orgánica y Reglamento antes referidos, estimando la Sala que dicha ausencia de regulación no es casual ni responde a un olvido del legislador.

11.4. Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobado el Reglamento sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales. Nulidad del acuerdo por falta de competencia del Consejo para dictar el Reglamento.

En **STS, Sala 3ª, Pleno, 28-10-2011, RCA 42/2011**, la Sala, tras considerar que ni las sentencias invocadas por el Abogado del Estado ni la evolución normativa de reformas de los artículos 110 y 107.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permiten sostener que el Consejo General del Poder Judicial tenga una potestad reglamentaria “*ad extra*” de su ámbito institucional, estima el recurso promovido por distintas editoriales y por la Federación de Editores de España, al considerar que carecía de potestad reglamentaria para dictar el Reglamento impugnado.

Para alcanzar tal conclusión, niega, en primer lugar, que dicho Reglamento pueda encontrar su título habilitante, tal y como refiere en su Preámbulo y en su artículo 1, en el artículo 107.10 de la referida Ley Orgánica que le confiere competencias sobre la actividad de publicación oficial de las sentencias y resoluciones judiciales por cuanto estima la Sala que la actividad de reutilización es algo diferente de la difusión como lo demuestra el hecho de que el propio Reglamento en su artículo 2.3.b), excluya del concepto de reutilización la citada publicación oficial de sentencias y otras resoluciones judiciales.

Y al tiempo que descarta que la regulación reglamentaria de la reutilización sea desarrollo de la regulación legal de difusión de sentencias contemplada en dicho artículo 107.10, aprecia la Sala que habrá de entenderse desarrollo de la Ley 37/2007, de reutilización de la información del sector público, aunque se oculte en el Reglamento con la remisión a otro título habilitante.

Y entrando en el análisis de dicha norma jurídica, aprecia la Sala que, mientras que su Disposición final segunda contiene una habilitación al Gobierno para su desarrollo reglamentario, no existe en ella una paralela habilitación al Consejo General del Poder Judicial en lo que respecta a la

reutilización de las sentencias y demás resoluciones judiciales, sin que, por otro lado, tal habilitación se pueda entender, tal y como proponía el Abogado del Estado, comprendida en su Disposición Adicional segunda.

Por ello, concluye la Sala apreciando que el Acuerdo y, en consecuencia, el Reglamento que aprueba incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992, declarando, por ello, su nulidad.

11.5. Retribuciones variables de Jueces y Magistrados. El Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial aprobando plan de actuación para su distribución y criterios adicionales para su ejecución no es un acto de mero trámite. La exclusión de dicha partida retributiva de Jueces y Magistrados que no estuvieran en servicio activo el 1 de enero de 2009 es injustificada y contraria al espíritu de las retribuciones variables.

En **STS, Sala 3ª, 05-12-2011, RCA 249/2011**, la Sala estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un Juez perteneciente a la 59ª promoción contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que inadmitió el recurso de alzada que interpuso contra el Acuerdo de la Comisión Permanente que resolvió, en su punto primero, asumir el contenido del Plan de Actuación acordado entre las Asociaciones Judiciales y el Ministerio de Justicia para la distribución de la partida destinada al abono de las retribuciones variables previstas en la ley 15/2003, de 23 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judiciales y Fiscal, así como, en su punto segundo, encomendar al Servicio de Inspección la elaboración de los listados de cumplimiento de objetivos con arreglo a los términos previstos en dicho Plan de Actuación, para finalizar aprobando, en su punto tercero, una serie de criterios para la aplicación de su contenido. La razón de la inadmisión del recurso de alzada por el Pleno del Consejo fue que consideró que el acto de la Comisión Permanente era de mero trámite.

La Sala, tras diferenciar en el acuerdo recurrido en alzada dos aspectos o regulaciones claramente diferenciadas, sostiene que mientras que el encargo que se realiza en el punto segundo al Servicio de Inspección sí reviste la naturaleza de un mero acto de trámite, el contenido de sus puntos primero y tercero imposibilitan atribuir a dicho acto tal naturaleza, estimando que, en lo relativo a esos extremos, constituye un acto impugnabile autónomamente por su naturaleza decisoria, al aprobar los criterios y las pautas que determinarían la distribución de las retribuciones variables entre los miembros de la Carrera Judicial y siendo susceptible, por tanto, de producir un perjuicio irreparable en sus derechos e intereses legítimos, generándoles una situación de indefensión si se les vedara la posibilidad de recurso.

Y, tras realizar los anteriores razonamientos, la Sala pasa a analizar la limitación del ámbito personal de aplicación que previó el plan de actuación asumido por la Comisión Permanente según el cual las partidas previstas en concepto de retribuciones variables para el año 2009 únicamente podrían ser distribuidas entre los Jueces y Magistrados que se encontraran desempeñando

funciones jurisdiccionales el día 1 de enero. En relación con esta cuestión, la Sala estima que asiste la razón al recurrente ya que el Consejo General del Poder Judicial no ha aportado motivación justificativa de dicha limitación la cual, a juicio de la Sala, resulta contraria a derecho puesto que no existe razón para que no se tome en consideración el rendimiento de aquellos integrantes de la Carrera Judicial que hayan ido incorporándose al servicio activo durante el año 2009, a pesar del efectivo ejercicio de funciones jurisdiccionales, siendo que, además, dicha medida limitadora se estima contradictoria con la finalidad que tiene tal partida retributiva conforme a lo dispuesto en la Ley 15/2003.

Por todo ello, la Sala estima el recurso y declara su derecho a que, con independencia de la fecha de incorporación al servicio activo, el rendimiento real por él desarrollado en el ejercicio de la función jurisdiccional a contar desde el 20 de julio de 2009, sea incluido en los listados de cumplimiento de objetivos por rendimiento a fin de determinar su grado de cumplimiento así como, en su caso y con aplicación del resto de criterios vigentes, su derecho a percibir, con arreglo a dicho rendimiento acreditado y en función del tramo que le corresponda, la retribución variable en la cuantía que fuera procedente.

12. Propiedades especiales.

12.1. *Propiedad industrial: Denominaciones de origen y marcas. Competencia del Estado. Alcance de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de denominaciones de origen. Inexistencia de prohibición legal de uso simultáneo de una misma marca identificativa de vinos de distinta procedencia geográfica. Exigencia de la Ley 24/2003 de la Viña y del Vino de la inclusión en las etiquetas y presentación de los vinos de elementos diferenciadores de su calificación y procedencia a fin de evitar la confusión en los consumidores derivada de la utilización de una misma marca, nombre comercial o razón social en la comercialización de vinos correspondientes a distintos niveles de protección o procedentes de diferentes ámbitos geográficos.*

La **STS, Secc. 3ª, 05/03/2012, RC 1280/2009**, es de una indudable trascendencia porque al confirmar la sentencia dictada en fecha 20 de enero de 2009 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso contencioso-administrativo nº 374/2006, viene a fijar la competencia estatal en materia de marcas, a limitar el alcance de la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en materia de denominaciones de origen si afectan a las marcas y porque declara que una marca concedida para vinos puede ser utilizada para singularizar los procedentes de distintas denominaciones de origen, siempre que la designación y la presentación de los vinos permita identificar la denominación de origen que le corresponda de modo que no induzca a error.

La Sala de instancia estimó el recurso formulado por la Federación Española del Vino y anuló el artículo 30 de la Orden ARP/62/2006, de 16 de febrero, por la cual se aprueba el Reglamento de la Denominación de Origen

Penedés. El citado precepto se redactó en los siguientes términos: *“los operadores que quieran utilizar sus razones sociales, nombres comerciales o marcas que hagan referencia a sus nombres comerciales o razones sociales bajo el amparo de otros VCPRD o en la designación de cualesquiera otros vinos, diferenciarán de forma suficientemente clara sus vinos que estén protegidos por la Denominación de Origen Penedés mediante marcas específicas que eviten en todo caso cualquier posible confusión a los consumidores. El Consejo Regulador velará por el cumplimiento de esta obligación.”*

El recurso de casación entablado por la Generalidad de Cataluña y el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Penedés fue desestimado por la Sala declarando cuál es el ámbito competencial del Estado y el de las Comunidades Autónomas, marcando los límites normativos por razón de la materia que éstas no pueden traspasar y poniendo de manifiesto que ni la Ley 24/2003, de la Viña y del Vino, ni el Reglamento comunitario 1493/1999 por el que se establece la Organización Común del Mercado Vitivinícola, ni la Ley 17/2001, de Marcas, prohíben que una misma marca identifique vinos de distintas procedencias geográficas y que su titular pueda utilizarla en todo el territorio nacional.

La sentencia declara en su fundamento jurídico cuarto: *«Coincidimos con el tribunal de instancia en que la Generalidad de Cataluña se extralimitó en sus competencias al exigir mediante la Orden impugnada el uso de "marcas específicas" a aquellos operadores que quisieran utilizar sus propias razones sociales, nombres comerciales o marcas identificativas de vinos producidos en otras regiones, como condición necesaria para obtener el amparo de la Denominación de Origen "Penedés". Ninguna de las partes, ni esta Sala, duda de la competencia autonómica para dictar normas en materia de denominaciones de origen vinícolas (dentro del marco de la ordenación básica estatal, Ley 24/2003, y de la regulación de la Unión Europea sobre la viña y el vino) pero tal facultad debe hacerse sin inmiscuirse en la competencia propia del Estado, al que corresponde -también de modo indubitado- con carácter exclusivo la legislación en materia de marcas.»*

Afirma que *«sólo al Estado corresponde decidir si una misma marca comercial con eficacia general en todo el territorio español puede amparar legítimamente vinos de una o de varias denominaciones de origen españolas, sin que esta decisión pueda ser adoptada por cada una de las Comunidades Autónomas»* y, añade, *«no basta con invocar la defensa de los consumidores ni con apelar a otras competencias autonómicas cuando el objeto de la regulación impugnada -en este caso la exigencia de "marcas específicas" distintas de la concedida con carácter general en virtud de la Ley 17/2001, de Marcas- corresponde sin ambages al ámbito de la propiedad industrial reservado al Estado»*

Pero la sentencia va más allá de proclamar la no existencia de prohibición o limitación al titular de una marca para su utilización para vinos de distintas procedencias, y el estudio de la hipotética infracción del artículo 18 y 22.4 de la Ley 24/2003, de la Viña y del Vino, invocada por el Consejo

Regulador de la Denominación de Origen Penedés, lleva a la Sala a concluir que no sólo los preceptos invocados no amparan la prohibición de uso simultáneo de una misma marca identificativa de vinos de distinta procedencia sino que esa concreta normativa lo que hace al admitir su uso, es exigir la adición de elementos o reseñas en el etiquetado y presentación de los vinos para informar al consumidor sobre el origen geográfico y las características del vino, trasladando a este ámbito y no al de las marcas un plus de información detallada que sí es acorde con esta materia y no con la naturaleza de un signo distintivo. Por ello, la Sala declara en su fundamento jurídico quinto: *«un productor de vinos puede, en principio, utilizar una misma marca comercial para identificar vinos procedentes de distintas denominaciones de origen. El artículo 18.5 de la Ley 24/2003 se limita a exigir que las etiquetas y la presentación de los vinos permitan diferenciar su "calificación y procedencia" y eviten en todo caso, la confusión de los consumidores. No incluye, pues, la prohibición de uso simultáneo de una misma marca identificativa de vinos de distinta procedencia geográfica. Y, en sintonía con aquel precepto, el artículo 40.1.b) de la Ley 24/2003 califica como infracción el hecho de no introducir en las etiquetas y presentación de los vinos los elementos diferenciadores de su calificación y procedencia.»*

El contenido de estos artículos y su secuencia expositiva llevan a la Sala a declarar, más adelante, que *«no es, por tanto, que la Ley 24/2003 prohíba per se esta última hipótesis (una misma marca para vinos de distinta procedencia geográfica) sino que, admitiéndola, exige que se añadan elementos identificativos adicionales que informen al consumidor con claridad del origen geográfico y las características del vino.»* Reitera que esos elementos exigibles a tenor de la normativa de etiquetado de los vinos permiten evitar la confusión del consumidor y declara con rotundidad: *«las etiquetas y presentación de los vinos han de incluir los elementos informativos suficientes que, además del signo distintivo propio, hagan saber "de manera sencilla y clara" su origen y sus características.»*

También estudia el Reglamento 1493/1999 del Consejo, de 17 de mayo de 1999, por el que se establece la Organización del Mercado Vitivinícola y afirma que *«Ninguna de las normas de dicho reglamento relativas a la designación, denominación y presentación de los productos regulados por él, así como a la protección de determinadas indicaciones, menciones y términos, normas que figuran en el capítulo II y en los anexos VII y VIII del Reglamento comunitario 1493/1999, prohíben que una misma marca identifique vinos de distintas denominaciones de origen.»*

Concluye, finalmente, que *«La opción normativa del Legislador estatal debe ser respetada por las Comunidades Autónomas sin perjuicio de que, en el ejercicio de sus poderes normativos de desarrollo, esta últimas aprueben los reglamentos de las denominaciones de origen para exigir y concretar los elementos diferenciadores que eviten el riesgo de confusión. Por las razones que acabamos de exponer, no es válida la exigencia en uno de estos reglamentos, aprobados por las Comunidades Autónomas, de "marcas específicas" distintas de aquella que ya identifica, con carácter general y para todo el territorio nacional, un determinado vino.»*

12.2. Propiedad industrial: Marcas. Pautas esenciales en la evaluación de la compatibilidad registral de signos distintivos. Comparación de ámbitos aplicativos. No pueden tenerse en cuenta los respectivos objetos sociales de los titulares de los signos enfrentados a efectos del examen de compatibilidad registral.

La STS, Secc. 3ª, 22/05/2012, RC 3806/2011, estima el recurso de casación formulado por la entidad recurrente por interpretación y aplicación indebida del artículo 6. 1 b) de la Ley 17/2001, de Marcas, por la Sala de Lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso número 1298/2008. Es de destacar que la Sala justifica que aún habiendo sido formulados los cuatro primeros motivos al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley Jurisdiccional, pero en los que también se ponía de relieve el error del tribunal de instancia en el juicio de comparación de los signos enfrentados, opta por abordar la adecuación de la sentencia por razones de fondo, directamente, planteada por la recurrente, en su quinto motivo, al amparo del apartado d) del citado artículo 88.1 de la LJCA.

La Sala de instancia estima parcialmente el recurso al demandante y concede la marca CLEM por él solicitada en clase 35 porque a pesar de la similitud fonética que sí aprecia respecto de las marcas CLEMSA de la entidad oponente, considera que los «*objetos sociales o actividades-servicios de las empresas que utilizan ambas marcas*» son diferentes.

La Sala, estima el recurso de casación formulado por la entidad oponente a la concesión de la marca, y desestima el recurso contencioso administrativo que había entablado el solicitante del signo en cuestión, confirmando la denegación total de la marca en clases 35 y 37 del Nomenclátor Internacional, dictada por la Oficina Española de Patentes y Marcas. La Sala expresa, en sus fundamentos jurídicos quinto y sexto, el criterio correcto que ha de presidir la comparación de signos distintivos, deslindando el ámbito que sí debe ser objeto de estudio y comparación- el reivindicado en el signo solicitado, y el protegido por los signos prioritarios tal y como fueron concedidos- de otros factores que no intervienen en el examen de compatibilidad registral, y que la Sala rechaza encauzando los elementos que sí han de ser comparados.

Las pautas esclarecedoras de la Sala se aprecian en los siguientes consideraciones: «*El motivo casacional de fondo ha de ser acogido pues la Sala territorial basa su pronunciamiento en factores ajenos a los que deben utilizarse para el contraste de los signos distintivos. En concreto, acude al objeto social o a otras circunstancias subjetivas de sus titulares para apreciar la similitud o diferenciación de los servicios que con dichos signos se trata de proteger, lo que no es jurídicamente correcto desde la perspectiva objetiva del artículo 6.1.b) de la Ley de Marcas*». La Sala resalta que «*su uso con tal finalidad vicia la conclusión de él obtenida*» y puntualiza que los signos distintivos tienen su propia virtualidad objetiva, al margen de quiénes sean sus titulares, originarios o ulteriores, y que «*lo "relevante" a la hora de contrastar los productos y servicios amparados por unos u otros signos no son las circunstancias singulares de sus titulares (que, por lo demás, pueden variar sucesivamente) sino el ámbito objetivo de aquéllos. No es decisivo el objeto*

social de la entidad titular de la marca ya inscrita sino los concretos productos o servicios asignados a ella, como tampoco lo es el mayor o menor ámbito geográfico en que se desenvuelva primordialmente (o de modo coyuntural) una determinada empresa cuando la protección de sus marcas abarca todo el territorio nacional.»

13. Responsabilidad patrimonial

13.1. Distinción entre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción.

La **STS, Sec. 4ª, 21/02/2012, RC 205/2010**, que declara haber lugar al recurso de casación plantado y estima en parte el recurso contencioso-administrativo contra la denegación de Responsabilidad patrimonial por los daños causados en el edificio propiedad de la recurrente como consecuencia de las obras de ampliación de la línea 1 del Metro de Madrid, clarifica la distinción entre interrupción y suspensión de la prescripción. La Sala, tras recordar que *"la interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/1992 se produce por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada" (así, y por citar una reciente, en la sentencia de 16 de noviembre de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 4522/2009)* (FJ 4º), considera que en el caso enjuiciado el efecto jurídico derivado de la demanda civil planteada contra la Administración fue de interrupción de la prescripción, no de suspensión. Esta última se aplica únicamente cuando la Ley de forma expresa se refiere a ella ordenando que el plazo "se reanude"; no que "se reinicie" o "comience a correr de nuevo". La distinción entre una y otra se trata en las SSTs de 10 de junio de 1985 y 13 de mayo de 2008, pero es especialmente clara en la STS de 16 de marzo de 2006, dictada por la Sala Primera, al señalar que la interrupción de la prescripción *"está recogida en el artículo 1973 del Código civil y es el acto -uno de los cuales es el ejercicio de la acción ante los Tribunales- que evita la consumación de la prescripción y su efecto es que el derecho vuelve a tener plena eficacia y, por ello, el tiempo tiene que volver a comenzar a contarse para dar lugar, en su caso, a una nueva prescripción... La interrupción, pues, es acto obstativo de la prescripción, que revigora el derecho subjetivo y que no sólo impide el curso de la prescripción, sino que inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo de ésta. Por el contrario, la suspensión de la prescripción paraliza ésta, no corre el tiempo para la misma, pero no inutiliza el ya transcurrido; así, cuando desaparece la causa de suspensión, sigue -no comienza de nuevo, como en la interrupción- el cómputo del tiempo para la prescripción. La suspensión no está recogida, con carácter general, en Derecho español..."* (FJ 4º).

13.2. Interpretación de la Jurisprudencia Comunitaria sobre los requisitos para determinar la Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por violación del Derecho Comunitario.

La **STS, Sec. 4ª, 18/01/2012, RCA 588/2010**, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Consejo de

Ministros de fecha 12 de noviembre de 2010, por la que se desestima la solicitud de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción del Derecho Comunitario, reclamada a raíz de que el TJUE, en sentencia de 6 de octubre de 2009, dictada en el asunto C-562/07, declarara que nuestro Ordenamiento Jurídico español conculcó los artículos 56 del Tratado CE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, por el distinto tratamiento tributario, hasta el 31 de diciembre de 2006, de las ganancias patrimoniales obtenidas en España según que los sujetos pasivos fuesen residentes o no residentes.

La Jurisprudencia comunitaria contenida en la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010 (asunto C-118/08), que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino de España, debe ser interpretada en el siguiente sentido: *“A) Los presupuestos de procedibilidad aplicables a los recursos en los que el objeto y elementos esenciales son similares, no deben diferir por la circunstancia de que unos se basen en la violación del Derecho de la Unión y otros en la del Derecho interno. B) Puede éste, sin que a ello se oponga aquél, establecer un régimen jurídico interno en el que la responsabilidad patrimonial del Estado nazca cuando se cumplan o concurren requisitos menos restrictivos que los que aquella jurisprudencia fija como necesarios para que opere ese instituto de la responsabilidad patrimonial. Y C) Pero si la obligación de indemnizar se basa en que los daños o perjuicios han sido causados por la vulneración del Derecho de la Unión, sí son requisitos sustantivos o materiales necesarios y a la vez suficientes los que ella señala de modo reiterado, a saber: que la norma del Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; que su violación esté o sea suficientemente caracterizada; y, además, que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por estos.”* (FJ 4º). Por tanto, no puede obviarse la exigencia de que la violación de la norma comunitaria sea de tal grado o entidad que la haga merecedora del calificativo “suficientemente caracterizada”. Lo contrario se opondría al principio de aplicación uniforme del Derecho de la Unión e supondría olvidar que *“la constatación del requisito de la antijuridicidad del daño depende, cuando es causado por la aplicación de un acto o norma ilegal, del margen de apreciación razonado y razonable reconocible a su autor al interpretar la norma violada, mayor o menor, claro es, en función de la naturaleza y características de ésta”* (FJ 4º). De ahí, que desde esa perspectiva del margen de apreciación en que debe descansar la imputación de la antijuridicidad del daño, no sean necesariamente términos iguales, en los que el margen deba ser el mismo, la Constitución de cada Estado miembro y el Derecho de la Unión común a todos ellos.

La Sala estudia las circunstancias que el juzgador ha de valorar para determinar si la vulneración del Derecho de la Unión por un Estado miembro es, o no, “suficientemente caracterizada”, sirviéndose de la sentencia del TJUE de 5 de marzo de 1996, dictada en los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 (Brasserie du Pêcheur SA).

Así, el criterio decisivo es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte, tanto de un Estado miembro, como de una Institución comunitaria, de los

límites impuestos a su facultad de apreciación. Entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, la Sentencia hace referencia al grado de claridad y de precisión de la norma infringida, la amplitud del margen de apreciación que la norma vulnerada deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho y la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario. En todo caso, *“una violación del Derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido.”* (FJ 5º, que reproduce el apartado 57 de la citada Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 1996).

13.3. Responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. “Pérdida de oportunidad”. Determinación del quantum indemnizatorio.

La STS, Sec. 4ª, 22/05/2012, RC 2755/2010, estima el recurso de casación interpuesto en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, afirmando, tal y como ya reconoció la Sala en Sentencia de 19 de octubre de 2011 (Rec. 5893/2006), que *“la llamada “pérdida de oportunidad” se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.”* (FJ 8º).

13.4. Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por la aplicación de norma declarada inconstitucional. Cómputo del plazo para reclamar.

La STS, Sec. 4ª, 13/04/2012, RCA 170/2008, de fallo estimatorio, recapitula los distintos supuestos que la experiencia ha deparado, en relación con las reclamaciones indemnizatorias surgidas de la aplicación del gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, establecido por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, declarado inconstitucional y nulo mediante STC 173/1996, de 31 de octubre, llegando a las siguientes conclusiones: *“a) los particulares que recurrieron en su día los actos de liquidación tributaria, tenían un año para ejercitar la acción administrativa de responsabilidad patrimonial a partir de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, salvo que la firmeza de los actos tributarios se hubiera producido con posterioridad, computándose en este caso el plazo anual a partir de dicha firmeza; b) los administrados que ejercitaran directamente una reclamación de responsabilidad patrimonial tras la publicación de la STC 173/1996, contarán con el plazo de un año a partir de la*

publicación de ésta para entablar tal acción; c) los contribuyentes que formularan reclamación de devolución de ingresos indebidos dentro del plazo previsto en su normativa reguladora, tendrían el plazo de un año para reclamar una indemnización por responsabilidad patrimonial a contar desde la firmeza de la desestimación de la solicitud de devolución (en dicho sentido, las sentencias de esta Sala de 3 de junio de 2004, de 27 de septiembre de 2005 y de 11 de diciembre de 2009), y d) finalmente, la formulación de una solicitud de revisión de oficio posterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional, sólo interrumpiría el plazo de un año de prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial, en caso de haber sido formalizada dentro del mismo, a computar desde la fecha de publicación de la sentencia de inconstitucionalidad. (FJ 5º).

Así mismo, la Sala pone de manifiesto que a la hora de apreciar la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, lo verdaderamente relevante, no es tanto formalizar la acción de responsabilidad patrimonial en sí, como reaccionar en plazo ante el nacimiento de los presupuestos para su ejercicio.

14. Servicios públicos

14.1. Concesión del servicio público de transporte marítimo de viajeros. Adjudicación en régimen de exclusividad al amparo de Ley autonómica. Sentencia del TJUE que condena al Reino de España por incumplimiento, al ser la referida Ley contraria a una norma comunitaria. Modo de poner fin a una concesión adjudicada al amparo de dicha Ley.

En la **STS, Sec. 7ª, 23/05/2012, RCA 7113/2010**, se aborda la forma en que debe ponerse fin a un derecho concesional nacido al amparo de una ley autonómica que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró inaplicable por vulnerar el Reglamento (CEE) 3577/1992 del Consejo, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los estados miembros. Constituía incumplimiento de la normativa comunitaria la gestión de la prestación del servicio público de transporte marítimo de viajeros en régimen de exclusividad a favor de un único operador.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo no compartió las conclusiones de la de instancia que había considerado conforme a derecho la tramitación de un expediente de revisión de oficio para declarar la nulidad del derecho concesional considerando que el acto administrativo incurría en la causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Dado que entre la Ley nacional y un reglamento comunitario no existe relación de jerarquía sino de prevalencia, el problema se reconduce a la adecuada elección de la norma aplicable y no a una cuestión de validez de la norma nacional. Dicho de otro modo, una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en un proceso por incumplimiento en el que se analiza el efecto de una ley nacional y se declara que incurre en incumplimiento de la normativa comunitaria, no puede equivaler a una declaración de nulidad de la Ley nacional analizada.

En consecuencia, la concesión otorgada para la prestación del servicio de transporte de viajeros es una concesión válida y eficaz, en modo alguno afectada en origen del vicio de nulidad de pleno derecho del mencionado artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992. El hecho de que la ley autonómica fuese contraria al Derecho de la Unión Europea no determinaba por sí misma una carencia de los requisitos esenciales para la concesión, estando ésta como estaba, cubierta por la Ley nacional. Es más, la Administración no podía dejar de aplicar la Ley autonómica, no siendo el incumplimiento de la normativa comunitaria a ella imputable sino al legislador y ello con independencia de que el acto concesional estuviera llamado a desaparecer. En definitiva, las consecuencias del incumplimiento del derecho comunitario deben ser corregidas pero no desde las bases de la nulidad de la ley y de su acto aplicativo.

Cosa distinta de la nulidad de la concesión es la de que pueda producirse con posterioridad a su otorgamiento una razón sobrevenida (en este caso, la sentencia del TJUE) y que para cumplir dicha sentencia, la Comunidad Autónoma que otorgó la concesión, venga obligada a eliminar las consecuencias ilícitas de la violación del Derecho Comunitario debiendo para ello poner fin a dicha concesión pero no a través de un expediente de revisión de oficio.

14.2. Tarifas del servicio de agua potable. Es irrelevante la cobertura de un Decreto autonómico a los efectos de entender aprobados por silencio administrativo unos incrementos tarifarios del servicio público de suministro de agua.

En la **STS, Sec. 2ª, 2/02/2012, RCA 4232/2009**, la Sala desestima el recurso interpuesto por una empresa mixta municipal de abastecimiento y servicios y confirma la modificación de las tarifas de suministro de agua potable aprobadas por la Consejería de Industria, Comercio e Innovación de la Comunidad Autónoma por importe inferior al solicitado por la referida empresa mixta municipal. Pretendía la empresa recurrente en este caso, que las tarifas que debían considerarse vigentes eran las propuestas por ella, al haber sido aprobadas por silencio administrativo positivo, y no las aprobadas expresamente por la Administración autonómica.

La Sala recuerda que la excepción del apartado segundo del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, impide la estimación de solicitudes relativas a un servicio público, por lo que en este caso, en modo alguno puede admitirse que en virtud del silencio positivo, puedan obtenerse unos incrementos tarifarios de un servicio público esencial como es el suministro de agua, apropiándose con ello la empresa mixta municipal, de potestades de la Administración autonómica en la regulación de precios del agua que, en última instancia, acabarían repercutidos en un servicio básico municipal. Destaca la Sala que a estos efectos es irrelevante la cobertura invocada de un Decreto autonómico al no poder postularse la primacía de una norma reglamentaria que vulnera lo establecido en una norma legal (artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

14.3. Prestación del servicio de seguridad privada por una empresa en una urbanización. No procede cuando la Administración ha recepcionado las obras y asumido la prestación de los servicios que le corresponden. Inviabilidad de invocar el principio de no ir contra los actos propios en ámbitos donde no existe poder de disposición de las partes.

En la **STS, Sec. 3ª, 29/11/2011, RCA 5128/2009**, la Sala declara no haber lugar al recurso interpuesto por una cooperativa de viviendas que pretendía que se considerase conforme a derecho la formalización de un contrato de prestación de servicios por vigilantes de seguridad en una urbanización de un municipio. La Sala de instancia había apreciado que la autorización acordada por la Delegación del Gobierno para formalizar dicho contrato debía revocarse al no cumplirse los requisitos previstos en el artículo 80.2 del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, el cual fija como exigencia para autorizar el servicio de referencia, que la administración municipal no se haya hecho cargo de la prestación de los servicios municipales. En ese caso, la Sala de instancia consideró, al margen de otros extremos, que las obras de urbanización ya habían sido recepcionadas por el Ayuntamiento y que la urbanización no tenía la consideración de aislada.

La cooperativa recurrente en casación combatió la sentencia de instancia alegando, entre otras consideraciones, infracción del principio de no ir contra sus propios actos dado que los recurrentes en la instancia habían sido miembros de la referida cooperativa en el momento en que se decidió contratar el servicio de seguridad privada.

En esta Sentencia, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina contenida en pronunciamientos anteriores sobre el axioma "*venire contra factum proprium non valet*" y así, destaca que dicho principio, junto a los de buena fe y confianza legítima, aparecen recogidos en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y que el mismo no puede alegarse para desplazar normas de carácter imperativo ni rige en ámbitos extraños al poder de disposición de las partes. Hecha esta precisión, concluye la Sala que las circunstancias existentes en el momento en que los recurrentes pertenecían a la cooperativa de viviendas y se alcanzó el acuerdo para establecer un servicio de seguridad privada son distintas a las que se producen cuando el Ayuntamiento, terminadas las obras, comienza a prestar los servicios a que venía obligado por los artículos 24 y 25 de la Ley de Bases de Régimen Local, y que, en todo caso, no puede imputarse a la Sala de instancia la infracción denunciada por cuanto la misma se ha limitado a hacer aplicación de unas disposiciones legales imperativas.

15. Urbanismo y medio ambiente.

15.1. Medio ambiente

15.1.1. Impugnabilidad de la declaración de impacto ambiental en el momento en el que se recurre también la autorización ambiental integrada.

En la **STS, Sec. 5ª, 13/12/2011, RC 545/2011**, se plantea a la Sala, por primera vez, la susceptibilidad de impugnación de una declaración de impacto ambiental en el momento en el que se recurre también la autorización ambiental integrada, dictada en aplicación de la citada Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación. Tras dar cuenta de la jurisprudencia de la Sala que ha venido interpretando en forma muy restrictiva la posibilidad de control jurisdiccional de las declaraciones de impacto medio ambiental, al considerarlas actos de trámite no susceptibles de impugnación independiente de la decisión final del mismo, la Sentencia precisa que, en el concreto caso enjuiciado, se está ante un supuesto de perfiles muy distintos a los examinados hasta ahora, ya que: *“resulta decisivo el artículo 24 de la citada Ley 16/2002 que establece, en forma inequívoca, la posibilidad de impugnar las autorizaciones ambientales integradas, en este orden de jurisdicción contencioso-administrativo. En esas circunstancias carece de sentido alguno mantener el carácter de acto de trámite simple de la declaración de impacto ambiental y excluirla de control jurisdiccional con ocasión de la impugnación de la autorización ambiental integrada. El carácter unificado y global de dichas autorizaciones integradas desde el punto vista ambiental hace obvia la pertinencia de controlar en los recursos dirigidos contra ellas también la declaración de impacto ambiental que las preceda. Cualquier duda interpretativa, de existir, se debe resolver en el sentido amplio al acceso a la impugnación que deriva del Derecho europeo y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así se desprende del artículo 15 bis de la Directiva 96/61 /CE, añadido por el artículo 4.4 de la citada Directiva 2003/35, de 26 de mayo de 2003 (Cfr ., Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, en el asunto C 427/2007 Comisión c. Irlanda § 15 y 82)”. (FJ 3º)*

15.1.2. La Autorización Ambiental Integrada es una técnica de control e intervención administrativa de carácter reglado que no puede servir para imponer exigencias adicionales de protección sin la cobertura de la legislación sectorial aplicable.

La **STS, Sec. 5ª, 02/12/2011, RC 217/2008**, delimita el objeto de la controversia suscitada en casación precisando que lo que se plantea es *“si la autorización integrada puede fijar un umbral de protección ambiental superior al que traza la declaración de impacto ambiental realizada en el procedimiento administrativo”*. La cuestión reviste singular interés en supuestos en los que - como en el caso de autos- corresponde al órgano ambiental de la Administración General del Estado la formulación de la declaración de impacto ambiental que se integra, como un informe preceptivo, en el procedimiento sustantivo que culmina con el otorgamiento de la Autorización Ambiental Integrada que incumbe a la administración autonómica. Partiendo de que (FJ 6º) *“la autorización ambiental como toda autorización es un modo de control o de intervención administrativa sobre la actividad de los particulares, en este caso, sobre la instalación de una central de ciclo combinado, que debe examinar, bajo el prisma que en todo caso proporciona el interés público, si*

concurrer o no las exigencias ambientales que permiten que se desarrolle una determinada actividad” la Sala afirma la imposibilidad de que “puedan introducirse en una autorización unos límites ambientales no previstos por el ordenamiento jurídico, ni estatal ni autonómico, y que, por tanto, quedan al albur de la expedición de cada autorización ambiental integrada” concluyendo que si bien las Comunidades Autónomas pueden –al amparo del artículo 149.1.23 de la CE- dictar <<normas adicionales de protección>>, a las establecidas por el Estado, ello no les faculta para sustituir el ejercicio de esta potestad normativa, “por una suerte de condiciones adicionales de protección fijadas a impulso de cada acto administrativo de autorización”.

15.1.3. Casación en interés de ley. Autorizaciones de uso, ocupación o realización de obras en la zona de servidumbre de tránsito. Artículo 49.3 del Reglamento de la Ley de Costas: Doctrina legal.

En la **STS, Sec. 5ª 22.02.2012, RCIL 67/2011** el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación sostenido por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 26-07-2010, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana. La Sala considera que la tesis mantenida por el Tribunal a quo en la sentencia recurrida -al privar de carácter vinculante al informe que sobre las autorizaciones de uso, ocupación o realización de obras en la zona de servidumbre de tránsito debe emitir la Administración del Estado conforme a lo establecido en el artículo 49.3 del Reglamento de la Ley de Costas- es gravemente dañosa para el interés general y, además, errónea. Sobre la base de la consideración expuesta la Sala fija la doctrina legal siguiente: « *En los supuestos contemplados por el artículo 49.3 del Reglamento de la Ley de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, las Comunidades Autonómicas sólo podrán autorizar el uso, la ocupación o la realización de obras en la zona de servidumbre de tránsito cuando el Servicio Periférico de Costas del Ministerio otorgue su conformidad a esa autorización, la que deberá recoger preceptivamente las observaciones que, a dichos efectos, haya formulado el indicado Servicio Periférico de Costas* »

15.1.4. Aguas. Nulidad de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente por la que se establecían criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico como pauta para la tipificación de las infracciones administrativas: vulneración del principio de reserva de Ley.

La **STS, Sec. 5ª, 04/11/2011, RC 6062/2010**, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo sostenido contra la Orden del Ministerio de Medio Ambiente 85/2008, de 16 de enero (BOE nº 25 de 29 de enero de 2008), "*por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y análisis de vertidos de aguas residuales*", declarando la nulidad, por infracción del principio de legalidad, de esta Orden Ministerial en cuanto establece criterios para la determinación de los daños al demanio hidráulico como pauta para la tipificación de las infracciones administrativas en materia de aguas, pero manteniendo su validez únicamente en cuanto actúa como parámetro y pauta de concreción del deber de

indemnización de los daños ambientales que en ella se contemplan. Así, en su FJ 5º, advierte la Sala que la Orden en cuestión presenta una doble finalidad y una doble significación, en la medida que opera como parámetro de tipificación de infracciones por daños al demanio hidráulico, y a la vez como parámetro de determinación y concreción del deber de indemnización por el daño causado a los bienes que lo integran. Pues bien, el recurso es estimado desde la perspectiva de la improcedencia del cauce normativo utilizado para dar cuerpo a las infracciones administrativas en esta materia; esto es, en relación con la faceta tipificadora de infracciones de la Orden Ministerial, pero esa nulidad no repercute sobre la otra faceta, de la cuantificación del deber de indemnizar el daño ambiental causado, puesto que en el primer aspecto rige con todo su vigor el principio de legalidad (cuya infracción determina la estimación del recurso), no así en el segundo. Por eso, la declaración de nulidad de esta Orden Ministerial no implica su expulsión total y definitiva del Ordenamiento Jurídico, sino una nulidad parcial y sectorial, toda vez que dicha Orden Ministerial mantiene su validez únicamente en cuanto actúa como parámetro y pauta de concreción del deber de indemnización de los daños ambientales que en dicha Orden se contemplan.

15.1.5. Aguas. Ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas

La **STS, Sec. 5ª, 27/09/2011, RC 107/2007**, estima el recurso directo promovido por la Generalitat de la Comunidad Valenciana frente al Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, por el que se delimita el ámbito territorial de la Demarcación Hidrográfica del Júcar, anulando su art. 2.3. Y ello tras considerar que: 1.- Desde la entrada en vigor de la Directiva Marco del Agua, la planificación hidrológica se ha de realizar por demarcaciones hidrográficas y no por cuencas. 2.- La delimitación de la demarcación hidrográfica debe basarse en parámetros hidrológicos y no administrativos. 3.- Deben integrarse en una demarcación las cuencas intercomunitarias e intracomunitarias necesarias para posibilitar la unidad de actuación en la planificación y en la protección de las aguas en las cuencas integradas en la demarcación. 4.- La inclusión en una demarcación hidrográfica de cuencas intracomunitarias, cual sucede en la Demarcación Hidrográfica del Segura, no es contraria al orden constitucional de distribución de competencias. 5.- El Real Decreto impugnado carece de la necesaria motivación, al excluir las cuencas intracomunitarias de la Comunidad Valenciana de la Demarcación Hidrográfica del Júcar sin justificarlo en razones hidrológicas, ni competenciales.

15.2. Urbanismo.

15.2.1. Un Estudio de Detalle que hace necesario demoler parte de una edificación realizada conforme al planeamiento general, con el pretexto de una alineación de rasantes, incide en forma ablatoria y desproporcionada sobre el derecho de propiedad.

La **STS, Sec. 5ª, 12/04/2012, RC 7004/2009**, precisa que no es objeto de discusión la interpretación de la legislación autonómica sobre los Estudios de Detalle que resulte aplicable ni su relación jerárquica con el planeamiento general sino el alcance y contenido del derecho de propiedad urbana de la

parte recurrente. La Sentencia afirma que se trata de determinar “*si la denominada configuración estatutaria del derecho de propiedad , que se afirma en la sentencia recurrida en casación, permite que ese derecho fundamental resulte afectado hasta el punto de que el inmueble sea demolido parcialmente, como consecuencia del Estudio de Detalle impugnado en el proceso de instancia.*” (FJ 3º). Después de hacer un recordatorio de la doctrina jurisprudencial sobre la finalidad subordinada y complementaria de los Estudios de Detalle y la imposibilidad de que a través de estos pueda colmarse un vacío de ordenación urbanística adoptando determinaciones originarias propias de los Planes Generales, la Sala concluye que “*Un Estudio de Detalle que hace necesario demoler el vallado y un garaje adosado, que forma parte de una edificación realizada conforme al planeamiento general , con el pretexto de una alineación de rasantes incide en forma ablatoria y desproporcionada sobre el derecho de propiedad urbana que se nos invoca, por lo que procede dar lugar al motivo.*” (FJ 4º)

15.2.2. Planeamiento urbanístico. Informe de la Confederación Hidrográfica sobre suficiencia de recursos hídricos. Carácter preceptivo y vinculante.

La **STS, Sec. 5ª, 24/04/2012, RC 2263/2009**, se pronuncia sobre la trascendencia jurídica de los informes emitidos en el curso del planeamiento urbanístico por las Confederaciones Hidrográficas en relación con la suficiencia de recursos hídricos para el desarrollo urbanístico pretendido, en el ámbito de la Comunidad autónoma valenciana. Tras un detenido examen de los títulos competenciales en juego, con abundantes citas normativas y jurisprudenciales, concluye la Sala que el informe de la Confederación Hidrográfica es preceptivo, en cuanto que de necesaria obtención, hasta el punto de que su no elaboración en plazo determina que el mismo se tenga por emitido en sentido desfavorable; y es además vinculante, por más que no en todos sus extremos y consideraciones (es decir, de forma omnicomprensiva), sino en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado. Añade la sentencia que el informe del organismo de cuenca no puede ser sustituido por el de unas denominadas "entidades colaboradoras autorizadas para el suministro", que no tienen la posición institucional ni la competencia técnica, la objetividad, los conocimientos y la visión panorámica de los intereses implicados que tienen las Confederaciones

15.2.3. Ius variandi. Necesidad de justificación especial de la recalificación, en suelo urbano consolidado, de parcela de uso residencial a dotacional destinado a “Servicio de interés público y social” a obtener por expropiación”.

La **STS, Sec. 5ª, 19/10/2011, RC 3666/2008**, de forma coherente con la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre el distinto nivel de exigencia en la motivación o justificación de la ordenación según las alteraciones del planeamiento se produzcan como consecuencia de una Modificación Puntual o de una Revisión, establece que, cuando la innovación introducida por una alteración de planeamiento revista especial intensidad -como ocurre cuando se opera una recalificación, en suelo urbano consolidado, de parcela de uso

residencial a dotacional destinado a “Servicio de interés público y social a obtener por expropiación” mediante Actuación Aislada- deberá también ser objeto de una motivación especialmente intensa. Esta conclusión se alcanza (FJ 8º) *“mediante una interpretación sistemática del conjunto del ordenamiento jurídico, singularmente de las normas procedimentales que regulan la adquisición de bienes por la Administración. En efecto, así se desprende de la regulación contenida en el artículo 116 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que contempla el concurso público como procedimiento general para la adquisición de bienes inmuebles a título oneroso, salvo los supuestos excepcionales de adquisición directa en él contemplados y, ya en el ámbito de la Administración Local, de la regulación contenida en los artículos 118.3 y 120 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (hoy derogados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), de forma que la adquisición directa opera a modo de excepción. Por ello, implicando la Actuación Aislada expropiatoria una especie de adquisición directa, la necesaria concreción de la causa expropiandi referida no tanto al destino como a la ubicación concreta debe exigirse con mayor intensidad no solo desde la óptica de la garantía para el expropiado en cuanto a justificar la ausencia de arbitrariedad en la elección de la ubicación, sino también desde el punto de vista del interés general que garantice que esa concreta finca, por las razones que vengan al caso, como puede ser su localización, configuración y superficie, la existencia o no de edificaciones o instalaciones, el estado y destino de las mismas, la existencia o no de ocupantes, y, en fin, entre otros extremos, la valoración aproximada del importe del justiprecio, etc.; circunstancias estas a través de cuya especificación es como mejor se satisface el interés general”*.

15.2.4. *Calificación como espacios libres. Cuando el planeamiento urbanístico ordena y califica pormenorizadamente el suelo debe precisar el carácter público o privado de los terrenos para evitar la indefinición del contenido concreto del derecho de propiedad de los mismos.*

La **STS, Sec. 5ª, 22/09/2011, RC 277/2008**, razona que *“Cuando el planeamiento urbanístico ordena y califica pormenorizadamente el suelo -como es el caso-, concretando así el contenido del derecho de propiedad respecto de cada finca, debe especificar si se ha de destinar a un uso público o privado. Es decir, debe concretar, en lo que aquí importa, si la parcela preexistente de titularidad privada debe incorporarse en ejecución del Plan al dominio público, para dedicarse a un uso o servicio público, o si, por el contrario, puede mantenerse en manos privadas. En el primer supuesto -uso público- el planeamiento habrá también de establecer en su programa de actuación un plazo o término concreto en el que los terrenos deberán ser obtenidos por la Administración actuante, y habrá de prever en su estudio económico-financiero el coste y modo de financiación de la adquisición del suelo por la Administración (artículos 34, 58.1 y 59.1.e/ de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña aplicable al caso por razones cronológicas; artículo 25.3 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de julio; y sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2005 (casación 693/2002) y 05 de julio de 2010 (casación 2674/2010)). En el segundo caso -uso privado-, bastará con que el instrumento*

de planeamiento ordene los usos a los que se podrá dedicar el terreno en cuestión” (FJ 3º) ya que lo contrario genera una indeterminación sobre la vocación pública o privada de los terrenos así calificados que produce una gran inseguridad jurídica y una indefinición del contenido concreto del derecho de propiedad que resulta contraria a lo dispuesto en los artículos 9.3 y 33 de la Constitución.

15.2.5. *Ineficacia de modificación puntual de Normas subsidiarias de planeamiento que no fueron originariamente publicadas.*

La **STS, Sec. 5ª, 18/11/2011, RC 5401/2008**, aborda la eficacia de una modificación puntual de Normas subsidiarias de planeamiento que no fueron originariamente publicadas. La Sentencia sintetiza la doctrina de la Sala sobre las consecuencias de la falta de publicación formal de los Planes de urbanismo en función de que el instrumento no publicado sea de planeamiento general o de desarrollo: *“como hemos señalado en repetidas ocasiones, la falta de publicación del instrumento de planeamiento no lo hace inválido, sino ineficaz. Ahora bien, si el plan no publicado no es nulo sino sólo ineficaz, la consecuencia es distinta para sus instrumentos de desarrollo (planes de sectorización, planes parciales, etc.), pues, al carecer éstos de soporte normativo de cobertura, devienen nulos de pleno derecho”* (FJ 3º); para concluir que en el caso concretamente enjuiciado *“La modificación puntual, que regula la ordenación correspondiente a las áreas calificadas con la ordenanza residencial mixta RM, afecta a la propia norma originaria, en este caso ineficaz, pero no constituye desarrollo de la misma. Ello impide assimilar el supuesto al caso antes mencionado de los instrumentos de desarrollo carentes de cobertura normativa por la falta de publicación del instrumento al que se encuentran subordinados. Las modificaciones del planeamiento son disposiciones de contrario imperio, del mismo rango jerárquico que la norma que modifican y a la que, por tanto no se encuentran supeditadas; estando sujetas para su aprobación, por lo general, al mismo procedimiento que el establecido para la aprobación de la norma originaria. Por ello, entre dos normas del mismo rango que se suceden temporalmente no cabe establecer relaciones de dependencia, sino más bien relaciones de vigencia. Así las cosas, la modificación puntual de elementos de un Plan General o de unas Normas Subsidiarias ineficaces, por no publicadas, seguirán siendo, en tanto no se publican, tan ineficaces como el instrumento originario al que modifican, pero no nulas de pleno derecho. En este mismo sentido puede verse nuestra reciente sentencia de 27 de octubre de 2011 (casación 5321/08)”* (FJ 3º).

15.2.6. *El Plazo de formulación de los Planes de Ordenación Urbanística no es un plazo de caducidad y su incumplimiento carece de naturaleza esencial.*

La **STS, Sec. 5ª, 08/03/2012, RC 2305/2008**, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 6 de marzo de 2008. La Sala de Sevilla estimó el recurso interpuesto contra el Decreto 130/2006 del Consejo de Gobierno de 27 de junio de 2006, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Comarca del Litoral

Occidental de Huelva al apreciar la concurrencia de un vicio formal de carácter esencial, consistente en la superación por el Decreto de aprobación definitiva del Plan Territorial del plazo de un año fijado en el Decreto 52/1999, de 2 de marzo, que acordó la incoación del procedimiento necesario para su formulación y aprobación.

La Sala declara haber lugar al recurso de casación porque: *“La institución de la caducidad del procedimiento administrativo (artículos 43.4 y 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en su versión original, o artículo 44.2 tras su reforma por Ley 4/1999, de 13 de enero) se circunscribe a los procedimientos de producción de actos o resoluciones administrativas, no a los de aprobación de disposiciones de carácter general (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2011 (Casación 3214/2008) y de 17 de noviembre de 2010 (Casación 1473 / 2006). Por esa razón y conforme a la legislación sectorial de la ordenación territorial y urbanística, los efectos que genera la demora o inactividad de la Administración en la tramitación de un instrumento de ordenación no son los de la caducidad del procedimiento, sino los del silencio administrativo positivo o negativo según los casos. Esta conclusión se refuerza si se considera la finalidad a la que responde el referido plazo de un año fijado en el Decreto de incoación del expediente, que no es otra que la de apremiar a los distintos órganos responsables de la elaboración del Plan de Ordenación del Territorio, para que, con su rápida aprobación, los intereses públicos a los que da cobertura dicho Plan se vean satisfechos con prontitud. La anulación del Plan por la mera superación de ese plazo produciría precisamente el resultado contrario al que se pretendió con la fijación del plazo, generando un retraso aún mayor en la satisfacción de esos intereses públicos, lo que no dejaría de ser un absurdo [(Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1992 (Casación 1018/1987) de 14 de octubre de 1996 (Apelación 151/1991) y de 27 de marzo de 1998 Casación 137/1995)]”.* (FJ 5º)

II. TRIBUTARIO

1. Adquisición del 100% de las acciones de la sociedad hotelera. El valor contable del inmueble adquirido representa menos del 50% del activo de la sociedad, lo que determina la falta de tributación de la compra a la vista de las previsiones incluidas en el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores. Fondo de Comercio.

En la **STS, Sec. 2ª, 17/10/2011, RC 2619/2007**, la Sala desestima el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y confirma la exención tributaria de la operación de compraventa de la totalidad de las acciones de una sociedad en funcionamiento dedicada al negocio de la hostelería, por aplicación del artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores que constituye el eje de controversia en la litis: *“...Las transmisiones realizadas en el mercado secundario (...) cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en el territorio nacional”*. La resolución administrativa confirma la propuesta de liquidación de la AEAT sobre la procedencia de exigir la tributación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales al representar el valor contable del inmueble más del 50% del activo de la entidad.

El Tribunal de instancia valoró que entre la notoria discrepancia económica entre el valor real del inmueble y la cantidad pagada por las acciones (de 1 a 72 millones), existe un desfase económico tan elevado como para concluir que el supuesto de hecho sobre el que se plantea la controversia no quede inserto dentro de las lindes propias del artículo citado, "[. . .] que resulta más lógico entender que esa discrepancia tiene su base en las 9.812 plazas hoteleras adquiridas por Airtours Resort Mallorca, S.L. con la adquisición del Hotel Don Pedro S.A.". La discusión se cifra entre la aplicación del valor real del inmueble o el uso del valor contable del mismo, esto es, el porcentaje que el inmueble representa en el activo de la sociedad valoración. La conclusión del Tribunal es que *"La sentencia recurrida, basándose en la sola circunstancia de la gran diferencia existente entre el precio declarado en la compraventa de acciones objeto de enjuiciamiento y el valor determinado por la Administración para el único inmueble existente en el activo de la entidad "Hotel San Pedro, S.A.", acoge lo que sólo había sido una pretensión subsidiaria de la recurrente en la instancia, esto es, que existía un fondo de comercio correspondiente a los diversos contratos de arrendamiento de establecimientos turísticos suscritos por dicha entidad (como parte arrendataria). Y que dicho fondo de comercio debía también integrarse en el activo a la hora de determinar el porcentaje o relación de los inmuebles respecto del total activo... A pesar de no haberse instado ni practicado por la entidad actora prueba alguna en relación a dicho extremo ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional, la sentencia de instancia llega a la conclusión de que dicho fondo de comercio debe computarse como activo y, en consecuencia, el porcentaje del valor del inmueble sobre el total de activos (integrados de esa forma) no alcanza el 50 por ciento prevenido en el artículo 108 de la LMV"* (FJ 4º).

En el mismo sentido, el Tribunal aprecia en casación que el valor de mercado de la sociedad era muy superior no sólo a su valor neto contable en la fecha de adquisición de las acciones por parte de Airtour Resort Mallorca S.L., sino también al valor contable e incluso al valor real del inmueble. Considera que el criterio jurídico más conforme con el ordenamiento jurídico aplicable es el de valor real del inmueble adquirido, por lo que conforme al principio de prudencia y por aplicación de criterios homogéneos de valoración, ese concepto de valor real deberá aplicarse al inmueble adquirido, así como, a los valores intangibles, integrados por 26 derechos de arrendamiento sobre las 9.812 plazas hoteleras durante 15 años que integran el activo. *"Lo determinante es que ese fondo de comercio debe tomarse en consideración a efectos del cómputo previsto en el artículo 108.2.1º de la LMV y debe valorarse, al igual que el inmueble y el resto de activos de Hotel Don Pedro, por su valor real"*.

2. Procedimientos tributarios: Recaudación. Prescripción como motivo de oposición a la providencia de apremio.

En la **STS, Sec. 2ª, 20/03/2012, RC 6119/2008**, la Sala desestima el recurso interpuesto por Don Francisco Javier Rui-Wamba Martija contra la providencia de apremio que ha originado este pleito ya que considera la

prescripción del derecho de la Administración tributaria a liquidar el impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 1993 (primer motivo) y la nulidad de pleno derecho de la liquidación que se le practicó por dicho tributo y periodo, como consecuencia de la prescripción del derecho a liquidar a «Incydo», sociedad transparente de la que es socio, el impuesto sobre sociedades del ejercicio 1992, del que trae causa la deuda aquí apremiada (segundo motivo). El debate quedó reducido al examen del motivo de oposición previsto en el art. 167. 3. a) LGT sobre la extinción total de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago. La providencia de apremio es el título ejecutivo cuya notificación inicia el procedimiento de apremio sobre el patrimonio del deudor, es decir, se trata del procedimiento administrativo de recaudación inserto en el período ejecutivo de recaudación de las deudas tributarias (véanse los artículos 160.2, 161.3 y 167.1 y 2, de la Ley General Tributaria de 2003). La naturaleza ejecutiva del procedimiento de apremio no impide declarar la prescripción del derecho de la Administración tributaria a exigir el pago de la deuda apremiada; tampoco reconocer la prescripción del derecho a liquidar la deuda tributaria apremiada que se declare en otro procedimiento o proceso, pero no permite dilucidar si se produjo o no la prescripción del derecho de la Administración tributaria a liquidar la deuda tributaria apremiada, salvo que, de no hacerlo, se genere la indefensión del obligado al pago.

3. Procedimientos tributarios. Rectificación de errores materiales, aritméticos o de hecho.

Señala la **STS, Sec. 2ª, 30/01/2012, RC 2374/2008**, que *“la enraizada especialidad de los procedimientos tributarios de revisión ha hecho desaparecer en el artículo 244.1 de la Ley General Tributaria de 2003, de entre los motivos que facultan para interponer el recurso extraordinario de revisión, el manifiesto error de hecho resultante de los propios documentos incorporados al expediente; sin embargo, sigue siendo un supuesto que habilita el recurso extraordinario de revisión del artículo 118.1 de la Ley 30/1992. Tal circunstancia podría hacer pensar que la rectificación de errores materiales, aritméticos o de hecho, al amparo del artículo 220 de la Ley General Tributaria de 2003, habilita algo que no es posible en el ámbito administrativo general con arreglo al artículo 105.2 de la Ley 30/1992: atacar la subsistencia del acto administrativo, como dice el fundamento jurídico tercero de la resolución del Tribunal Económico-Administrativo impugnada en la instancia; pero aquel artículo 220 no admite dicho resultado, porque no lo menciona expresamente, mientras que sí dice que «[l]a resolución corregirá el error en la cuantía o en cualquier otro elemento del acto o resolución que se rectifica» (último inciso de su apartado 1), siendo así que no es posible rectificar un acto que se anula; cabría sólo convalidarlo, subsanando los vicios de que adoleciera, lo que no es lo mismo”* (FJ 4º).

4. Procedimientos tributarios. Vía económico-administrativa. Retroacción de actuaciones ordenadas por el órgano de revisión: Retroacción improcedente. La retroacción está prevista para reparar defectos procedimentales, no para que se corrija sustancialmente la

liquidación. La anulación de una liquidación tributaria no impide, per se, practicar una nueva.

En la **STS, Sec. 2ª, 26/03/2012, RC 5827/2009**, se estudia si los órganos de revisión económico-administrativa, una vez anulada una liquidación tributaria por razones de fondo, deben limitarse a decretar esa anulación o si, por el contrario, les es dable decidir además que se desande y reproduzca el camino y se practique nueva liquidación, conforme a derecho o de acuerdo con los criterios fijados en la propia resolución anulatoria. Pues bien, concluye el Tribunal Supremo que a los Tribunales económico-administrativos les cabe “(a) resolver la cuestión de fondo, (i) declarando la nulidad del acto impugnado o (ii) anulándolo total o parcialmente, (iii) suministrando, incluso, a los órganos de gestión las bases con las que aprobar una nueva liquidación. Pueden también (b) aprobar resoluciones que expulsen del mundo del derecho dicho acto porque (i) ha sido adoptado sin cumplir las garantías formales y procedimentales dispuestas en el ordenamiento jurídico o (ii) sin contar con los elementos de juicio indispensables para decidir, ordenando dar marcha atrás, retrotraer las actuaciones y reproducir el camino, ya sin los defectos o las carencias inicialmente detectadas” (FJ 3º). Ahora bien, advierte el Tribunal Supremo a continuación, *“si optan por la retroacción de actuaciones no pueden olvidar que en nuestro sistema jurídico tal remedio constituye un instrumento para reparar quiebras procedimentales que hayan causado indefensión al obligado tributario reclamante, de modo que resulte menester desandar el camino para practicarlo de nuevo, reparando la lesión; se trata de subsanar defectos o vicios formales (el propio artículo 239.3 de la nueva Ley General Tributaria, en su segundo párrafo, así lo expresa con meridiana claridad). O, a lo sumo, para integrar los expedientes de comprobación e inspección cuando la instrucción no haya sido completa y, por causas no exclusivamente imputables a la Administración, no se cuente con los elementos de juicio indispensables para practicar la liquidación; se trata de acopiar los datos de hecho indispensables para dictar una decisión ajustada a derecho, que, por la ausencia de los mismos, no se sabe si es sustancialmente correcta o no”. Sobre esta base, concluye el TS que “desde luego, la retroacción de actuaciones no constituye un expediente apto para corregir los defectos sustantivos de la decisión, dando a la Administración la oportunidad de ajustarla al ordenamiento jurídico. Es decir, cabe que, ordenada y subsanada la falla procedimental, se adopte un nuevo acto de contenido distinto a la luz del nuevo material alegatorio y fáctico acopiado; precisamente, por ello, se acuerda dar marcha atrás. Ahora bien, si no ha habido ninguna quiebra formal y la instrucción está completa, no cabe retrotraer para que la Administración rectifique, por ese cauce, la indebida fundamentación jurídica de su decisión”. Ahora bien, advierte el TS a continuación, “el hecho de que no quepa retrotraer las actuaciones cuando la liquidación adolece de un defecto sustantivo, debiendo limitarse el pronunciamiento económico-administrativo a anularla o, a declarar su nulidad, si se encuentra aquejado de alguno de los vicios que la determinan, no trae de suyo que le esté vedado a la Administración aprobar otra liquidación, ganando “firmeza” las autoliquidaciones del sujeto pasivo, que devienen ya irrevocables. Como en cualquier otro sector del derecho administrativo, ante tal tesitura, la Administración puede dictar, sin tramitar otra vez el procedimiento y sin completar la instrucción pertinente, un nuevo acto*

ajustado a derecho mientras su potestad no haya prescrito. Esto es, una vez anulada una liquidación tributaria en la vía económico-administrativa por razones de fondo, le cabe a la Administración liquidar de nuevo si no ha decaído su derecho por el transcurso del tiempo” (FJ 4º)

5. IVA: sujeción de las obras de urbanización efectuadas por juntas de compensación propietarias. Las parcelas que se adjudican en el proyecto de compensación a una junta “propietaria” constituyen pago anticipado en especie de los servicios de urbanización prestados a los propietarios originarios.

En la **STS, Sec. 2ª, 24/10/2011, RC 572/2009**, la Sala desestima el recurso interpuesto por la Junta de Compensación del Plan Especial de Reforma Interior de Pescadería, confirmando la resolución del TEAC y los actos administrativos de los que traía causa, en concepto de liquidación del IVA cuarto trimestre, de conformidad con el artículo 4 (hecho imponible del IVA en las operaciones interiores: entregas de bienes y prestaciones de servicios), 8 (concepto de entrega de bienes) y 20.Uno.21º (exenciones en operaciones interiores) de la Ley 37/1992.

El Tribunal de instancia confirma la propuesta de la Inspección, al entender que existía una actividad sujeta por entender que la Junta presta un servicio por las obras de urbanización que realiza sobre las parcelas adjudicadas a los antiguos propietarios de terrenos aportados a la Junta y propiedad de los mismos a partir de la escritura de protocolización de dicho Proyecto, tratándose de operaciones sujetas y no exentas y suponiendo la mencionada adjudicación de las parcelas a la Junta para hacer frente a los gastos de urbanización, un pago anticipado por los servicios de urbanización que la Junta realizará sobre las parcelas adjudicadas a los antiguos propietarios de terrenos aportados a la Junta. Sin embargo, *“la actora propugna en su demanda que los hechos imponibles analizados se subsumen en la exención prevista en el apartado 21º del artículo 20.1, de la Ley del IVA, tanto en relación con la entrega de terrenos correspondiente a la aportación inicial a la Junta de Compensación, como en relación con la adjudicación de terrenos en proporción a sus aportaciones, todo ello sometido al cumplimiento de la legislación urbanística.”* También sostiene que *“la reserva de parcelas por la Junta de Compensación no afecta a dicha conclusión ya que, aún incluso asumiendo que estas parcelas deban considerarse como un pago anticipado, éste sólo podrá ser un pago a cuenta de la entrega de las parcelas urbanizadas adjudicadas en el Proyecto que, entiende, es el único hecho imponible sujeto a IVA”* (FJ 2º).

El Tribunal aprecia en casación que *“estando la prestación de estos servicios sujeta y no exenta del impuesto sobre el valor añadido y habiéndose reservado la «Junta de Pescadería» parcelas en la protocolización del proyecto de compensación para sufragar los costes de la urbanización de los terrenos, el valor atribuible a las mismas constituía el importe de la contraprestación en especie de los futuros servicios de urbanización que se comprometió a prestar a los propietarios; como dicha reserva se produjo antes de la realización del hecho imponible, se trataría de un pago anticipado en especie de los servicios*

de urbanización por el que se devengó el impuesto sobre el valor añadido, en aplicación de los artículos 79.Uno y 75.Dos de la Ley 37/1992”.

6. Devoluciones derivadas de la normativa reguladora del IVA: cabe recurso contencioso administrativo contra la inactividad de la Administración Tributaria (art. 29 LJCA). La opción por la compensación manifestada en la declaración-liquidación del último período liquidatorio no puede rectificarse en el resumen anual.

En la **STS, Sec. 2ª, 26/03/2012, RC 1408/2009**, la Sala estima el recurso interpuesto por la Administración General del Estado con alcance para las devoluciones solicitadas por la sociedad demandada en los meses de diciembre de 2003 y enero 2004 por IVA. El Tribunal de instancia señala que los términos en que se planteó el debate entre las partes *“toman el contenido del art. 29 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sosteniendo que existe inactividad administrativa por el hecho de que, presentadas las declaraciones de IVA ante la AEAT sin que esta haya practicado liquidaciones provisionales, no se ha procedido a la devolución de las cantidades reflejadas en las declaraciones del impuesto, como impone el mandato incondicional previsto en el art. 115 de la Ley del IVA. El Abogado del Estado responde que” la AEAT no tiene la obligación ex art. 115 de la Ley 37/1992 de proceder a la devolución del IVA soportado al sujeto pasivo; en cuanto al IVA del 2003 al no haberse solicitado la devolución sino la compensación del saldo a favor resultante de la declaración-liquidación presentada telemáticamente el 15 de junio de 2004; en lo referente a la solicitud de devolución de los tres primeros meses del año 2004, porque el actor no estaba inscrito en el Registro de Exportadores y otros Operadores Económicos (artículo 30.3 del Reglamento del Impuesto del Valor Añadido de 29 de diciembre de 1992)”*. Sin embargo, la sentencia impugnada reconoce *“a la mercantil actora el derecho a la inmediata devolución de la cuota de IVA resultante a su favor en el ejercicio 2003 que aun no le ha sido devuelta (es decir, descontando las cantidades abonadas por la Diputación Foral de Bizkaia en su momento), así como a las cantidades resultantes de las declaraciones de enero, febrero y marzo del año 2004, en ambos casos, con intereses de demora a contar de los seis meses de finalizar el plazo para su presentación hasta la fecha de la orden de pago -art. 115.Tres, LIVA y concordantes forales-, sin perjuicio de la práctica de las liquidaciones provisionales o definitivas ulteriores que pudieran resultar procedentes.”*

El Tribunal en recurso de casación considera que se agotó la vía administrativa previa, ya que *“hubo reclamación para que la Administración cumpliera con la prestación a la que estaba obligada ex lege y, si bien cuando se formuló no podía dar respuesta por estar el expediente en manos de la jurisdicción penal, cuando «Spare» interpuso el recurso contencioso-administrativo el 27 de abril de 2007 habían transcurrido más de tres meses desde la fecha del sobreseimiento, momento en el que la Administración retomó el control de las actuaciones pudiendo adoptar en su seno las decisiones pertinentes, por lo que ha de concluirse que concurrieron todos los requisitos precisos para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa por la vía del artículo 29.1 de la Ley 29/1998”*. En lo que respecta a las solicitudes

de devolución del IVA, aprecia que se no cumplen los requisitos de tiempo y forma previstos en los artículos 115 y 116 LIVA. En lo que respecta a periodo de diciembre de 2003 porque *“el actor no puede reclamar a la AEAT la devolución de la cantidad correspondiente porque no la ha pedido. El actor pidió la compensación con la declaración-liquidación presentada el 15 de junio de 2004 y no la devolución por lo tanto ninguna obligación de devolución pesa sobre la AEAT”* (FJ 3º). En segundo lugar, respecto al periodo liquidatorio enero 2004, único admitido en casación, *“la aceptación tácita por la AEAT de la solicitud de alta en el Registro de Exportadores y otros Operadores Económicos formulada por «Spare» sólo podría concurrir a partir del momento en que ésta hubiera comenzado a realizar devoluciones por el IVA añadido que presupusieran la inscripción de dicha mercantil en ese registro, esto es, en 2005 según indica esa sociedad y ratifica la Sala de instancia, pero nunca antes”*.(FJ 4º).

7. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Comprobación de valores: valor asignado para la tasación de las fincas hipotecadas.

La **STS, Sec. 2ª, 07/12/2011, RCIL 71/2010**, al estimar un recurso de casación en interés de la Ley, declara como doctrina legal correcta la siguiente: *“Que estimando el recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de fecha 21 de Abril de 2010, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, debemos fijar como doctrina legal que “La utilización por la Administración tributaria del medio de comprobación de valores previsto en el apartado g) del art. 57.1 de la LGT (“Valor asignado para la tasación de las fincas hipotecadas en cumplimiento de lo previsto en la legislación hipotecaria”), en la redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, no requiere ninguna carga adicional para aquélla respecto a los demás medios de comprobación de valores , por lo que no viene obligada a justificar previamente que el valor asignado para la tasación de las fincas hipotecadas coincide con el valor ajustado a la base imponible del impuesto, ni la existencia de algún elemento de defraudación que deba corregirse”*.

8. Tasa por reserva del dominio público radioeléctrico, ejercicio 2001. La reforma operada por las Leyes 13/2000 y 14/2000 no contraviene el art. 11.2 de la Directiva 97/13/CE. Constitucionalidad de la reforma. Modificación de las condiciones financieras de los contratos de concesión

En el recurso de casación resuelto por la **STS, Sec. 2ª, 12/04/2012, RC 5216/2006**, estudia el TS la alegación de la mercantil recurrente de que el nuevo régimen jurídico de la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico creado por las Leyes 13/2000 y 14/2000 es contrario al art. 11 de la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, al establecer -a juicio de la recurrente- un tributo tecnológicamente regresivo que viene a gravar desproporcionadamente las tecnologías más innovadoras, y con importes muy inferiores las tecnologías más antiguas y más estabilizadas en el mercado. Habiéndose planteado sobre esta cuestión una cuestión prejudicial

ante el TJUE, y a la vista de lo resuelto por este Tribunal, concluye el Tribunal Supremo que no se ha producido la contravención del Ordenamiento comunitario denunciada por la parte recurrente. Añade la Sala, con remisión a lo declarado por el Tribunal Constitucional acerca de la cuestión, que la medida adoptada por el legislador y cuestionada por el órgano judicial (el incremento de la cuantía de la tasa conforme al valor del mercado radioeléctrico del año 2001 como consecuencia de la aplicación del nuevo coeficiente "C5") podrá ser criticable desde un punto de vista técnico o económico, pero en modo alguno merece reproche desde el punto de vista constitucional, en su contraste con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), pues, ni la medida adoptada establece una discriminación arbitraria ni tampoco carece de una finalidad razonable. También con remisión a la doctrina del Tribunal Constitucional, señala esta sentencia del Tribunal Supremo que si la cuantía de la tasa es fruto de la concesión administrativa y tiende a compensar a la sociedad por el uso privativo que del dominio público hace una entidad privada con ánimo de lucro, desde el plano de la estricta constitucionalidad ningún reproche se le puede hacer, al haberse calculado de forma proporcional al beneficio potencial que previsiblemente podía reportar al titular de la concesión. A continuación, se rechazan las alegaciones de la recurrente sobre la pretendida vulneración del principio de reserva de ley en materia tributaria, en lo que respecta a la fecha de devengo de la tasa por reserva del dominio radioeléctrico. Finalmente, se desestiman las alegaciones de la recurrente sobre la contravención del art. 163.2 de de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo a la modificación del equilibrio económico financiero de los contratos administrativos, pues, a juicio de la Sala, la compañía recurrente aduce su derecho a una compensación, pero no justifica que, como consecuencia del incremento de la tasa, se le haya producido el desequilibrio económico denunciado.

9. Ordenanza Fiscal de entrada de vehículos al Ayuntamiento de Madrid. Finalidad del Informe Técnico-Económico: Falta de justificación del Informe Técnico Económico como criterio a tener en cuenta. Arrendamiento versus servidumbre de paso. Devolución de los ingresos obtenidos

La STS, Sec. 2ª, 07/03/2012, RC 4941/2009, se pronuncia sobre la controvertida legalidad del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 22 de diciembre de 2005, por el que se aprueba la Modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la Tasa por Utilización Privativa o Aprovechamiento Especial del Dominio Público Local, aplicable a partir del 1 de enero de 2006, y publicada en el BOCM de 27 de diciembre de 2005, en lo referente al Epígrafe b) Paso de vehículos, artículo 11. Recuerda el Tribunal Supremo que la cuantificación de la tasa es una materia que escapa a la discrecionalidad administrativa, y cuya determinación se hace girar en función de la utilidad o aprovechamiento a obtener, por lo que resulta evidente que los factores y parámetros a tener en cuenta y valorar serán aquellos vinculados a dicha utilidad o aprovechamiento. Ciertamente, advierte el Tribunal Supremo, las circunstancias singulares de cada municipio puede dificultar el respeto al principio de equivalencia, pero en todo caso ha de apurarse la necesidad ineludible de huir de la arbitrariedad y de evitar la indefensión de los

contribuyentes, que son frecuentemente la parte débil e indefensa de la relación jurídico-tributaria. Sobre esta base, el Tribunal Supremo comparte las apreciaciones de la Sala de instancia sobre la falta de justificación de los elementos y magnitudes tenidas en cuenta a efecto de cuantificar la tasa. Se plantea a continuación el TS si la declaración de nulidad de pleno derecho debe dar lugar a la devolución de las cantidades pagadas en concepto de la tasa cuestionada., cuestión que es resuelta con remisión a la doctrina jurisprudencial consolidada sobre la materia

III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Orden contencioso-administrativo. Acumulación de pretensiones conexas en materia de disciplina urbanística aún cuando el conocimiento de las mismas venga atribuido a órganos distintos del orden jurisdiccional contencioso administrativo.

La **STS, Sec. 5ª, 09/03/2012, RC 3088/2008**, aborda la posibilidad de acumular en una misma impugnación jurisdiccional dos pretensiones (referidas a la sucesiva inactividad el Ayuntamiento y de la Comunidad autónoma en relación con una denuncia urbanística) cuyo enjuiciamiento corresponde *ratione materiae*, a tenor de la Ley 29/1998, a órganos jurisdiccionales distintos; y, consiguientemente, estudia si cabe suscitar en casación una cuestión (la relativa a la inactividad municipal) cuyo enjuiciamiento está encomendado, en la arquitectura competencial de la Ley de la Jurisdicción, a los Juzgados de este Orden Jurisdiccional, habida cuenta que el recurso de casación únicamente procede contra las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y por la Audiencia Nacional en única instancia, y no en apelación (artículo 86.1 de la Ley de reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). El Tribunal Supremo declara ajustada a derecho la acumulación considerando que aunque la LEC no la permite en un mismo proceso respecto de pretensiones cuyo conocimiento viene atribuido a órganos distintos de la jurisdicción contencioso administrativa (Juzgado y T.S.J.); y, aunque en la Sala 3ª del TS existen antecedentes en uno y otro sentido, tal acumulación resulta procedente en la medida en que la aplicación supletoria de la LEC debe efectuarse sin menoscabo de los principios propios del Orden Contencioso Administrativo, y de la especificidad de la materia que constituye su ámbito de enjuiciamiento, el Derecho Público, dada la estrecha relación existente entre ambas inactividades y la *“inequívoca línea de continuidad que exige su contemplación conjunta, pues no puede analizarse la inactividad imputada a la Administración autonómica si no se pone en relación dialéctica con la inactividad previamente imputada al Ayuntamiento”*, por lo que *“resultaría contrario a la lógica y la razón, y al necesario mantenimiento de la continencia de la causa, fraccionar lo que constituye realmente un fenómeno unitario”* (FJ 1º).

2. Las sentencias que resuelven cuestiones de ilegalidad se reputan a efectos de la casación como dictadas en única instancia. Equiparación de las cuestiones de ilegalidad a los recursos indirectos en cuanto a

que no pueden examinarse en ellas los aspectos formales relativos a la tramitación de la disposición general.

La STS, 5ª, 22/03/2012, RC 6214/2008, estudia la recurribilidad casacional de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que resuelven cuestiones de ilegalidad. Concluye el Tribunal Supremo que dichas sentencias son recurribles en casación, por las siguientes razones (FJ 2º): *“Si la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia, al conocer de un recurso de apelación, declara nula la disposición general en que se funda el acto impugnado (artículo 27.2), contra esa sentencia, en grado de apelación, no cabe recurso de casación, porque el artículo 86.1 sólo lo admite respecto de las sentencias dictadas por dichas Salas “en única instancia”. Ahora bien, las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores o la Audiencia Nacional que resuelven la cuestión de ilegalidad planteada por un Juzgado no están vedadas a la casación, porque no se trata de sentencias dictadas en grado de apelación. Así lo señala la sentencia de la Sección 2ª de esta Sala de 20 de septiembre de 2007 (casación 2160/02), que admite expresamente la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas por las Salas resolviendo cuestiones de ilegalidad, porque deben entenderse como dictadas en “única instancia”, tal como exige el artículo. 86.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción”.*

Esta misma sentencia puntualiza que las cuestiones de ilegalidad han de versar sobre el contenido sustantivo de la normativa reglamentaria cuestionada y no sobre aspectos formales o procedimentales de la misma: *“no apreciamos razones para que con ocasión de la sentencia resolutoria de la cuestión de ilegalidad, que no deja de ser una prolongación de la vertiente de impugnación indirecta del recurso contencioso-administrativo del que trae causa, puedan examinarse defectos relativos al procedimiento de elaboración de la norma que el Juez que conoció del recurso principal no debió acoger como razón determinante de la nulidad o anulación del acto de aplicación. El artículo 27.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, al delimitar el ámbito aplicativo de la cuestión de ilegalidad lo refiere a aquellos casos en que se hubiere dictado sentencia firme estimatoria “...por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada”, como un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, según explica la Exposición de Motivos, lo que significa que solo los aspectos sustantivos de la norma pueden ser cuestionados y no la eventual vulneración de los procedimientos de elaboración” (FJ 3º)*

3. La rehabilitación de los plazos, contemplada en el artículo 128.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no es aplicable a la caducidad de la instancia prevista concordadamente en los artículos 179.2 y 237 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

La STS, Sec. 5ª, 14/03/2012, RC 2192/2011, señala (FJ 3º) que *“con una interpretación sistemática y finalista del referido precepto (artículo 128.1 de la Ley Jurisdiccional), la caducidad contemplada en el artículo 237.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil carece de la naturaleza de los trámites a que alude el antecitado artículo 128.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que el abandono de la instancia derivado de la paralización,*

imputable exclusivamente a la parte por no haber solicitado la continuación del proceso, no constituye un trámite, para el que la norma prevé un plazo, sino un abandono del proceso por no existir actividad, imputable exclusivamente a quien trata de rehabilitar un plazo, que no es susceptible de ello, pues, repetimos, no existe trámite alguno susceptible de ser rehabilitado sino una dejación en la instancia por haber estado paralizado el proceso por más de dos años desde que se advirtió al interesado que así sucedería, por lo que consideramos acertada la tesis de la Sala a quo al negarse a aplicar lo dispuesto en el tan citado artículo 128.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y, por consiguiente, este primer motivo de casación debe ser también desestimado”.

4. Cuando hay legitimación por interés legítimo es improcedente distinguir entre motivos de impugnación amparados en una legitimación individual y motivos fundados en acción pública: La legitimación por interés legítimo se proyecta sobre toda la relación jurídico-procesal y obliga a examinar los motivos planteados sin inadmisiones parciales.

La **STS, Sec. 5ª, 21/03/2012, RC 5651/2008**, tras recapitular la doctrina jurisprudencial sobre la legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo, matiza que la posición legitimadora de la parte recurrente se proyecta sobre *la relación jurídico-procesal* que debe ser considerada como *una e indivisible*. Por ello, cuando se esgrime una diversidad de motivos para justificar el interés legitimador basta acreditar uno sólo para que quede superado el obstáculo de la inadmisibilidad, tras lo que se debe entrar en el examen total de la cuestión de fondo planteada. Así pues, cuando existe legitimación por interés legítimo no cabe distinguir entre motivos de impugnación amparados en una legitimación individual y motivos fundados en la acción pública. En tal supuesto puede la recurrente articular los motivos que tenga por conveniente para combatir la conformidad a Derecho de la instalación en litigio y la sentencia debe entrar en el examen del fondo de todos los motivos esgrimidos.

5. El cauce de subsanación de omisiones establecido en los artículos 267 LOPJ y 215 LEC resulta idóneo para complementar las sentencias cuando contengan omisiones, pero no puede ser empleado con el propósito de modificar o rectificar lo en ellas resuelto.

La **STS. Sec. 5ª, 25/04/2012, RC 4025/2008**, señala que el cauce de subsanación de omisiones establecido en los tan artículos 267 LOPJ y 215 LEC resulta idóneo para complementar las sentencias cuando contengan omisiones, pero no puede ser empleado con el propósito de modificar o rectificar lo en ellas resuelto, tal y como se advierte explícitamente en el apartado 6º del art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el apartado 3º del art. 215 Ley de Enjuiciamiento Civil. No es, pues, afirma el Tribunal Supremo, *“un cauce impugnatorio de las sentencias con una funcionalidad práctica similar a la que es propia del recurso de reposición contra las providencias y autos, sino un cauce procesal de integración de las sentencias pero no de reconsideración de lo que en ellas se ha acordado. Precisamente*

porque no cabe a través de este incidente ni modificar el fallo ni rectificarlo, cuando las partes consideran que la sentencia no ha resuelto sobre lo que debía, o que lo ha hecho de forma deficiente por inmotivada, y entienden que esa omisión reviste trascendencia sobre el contenido y alcance del fallo, no les resulta exigible promover el incidente del art. 215 Ley de Enjuiciamiento Civil con carácter previo a la interposición del recurso de casación (en el sentido requerido por el artículo 88.2 en relación con el 93.2.b, ambos de la Ley Jurisdiccional 29/1998) porque este trámite procesal no tiene naturaleza de recurso ni reviste operatividad como cauce de impugnación de la resolución de la Sala. Al contrario, si así acaece, esto es, si las partes consideran que las omisiones de la Sala tienen trascendencia tal que podrían determinar una reconsideración del sentido y alcance del fallo, lo que han de hacer es preparar e interponer recurso de casación al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional contra la sentencia que reputan inmotivada o incongruente” (FJ 1º).