

SALA TERCERA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I. ADMINISTRATIVO

1. Acto y procedimiento administrativo

- 1.1. Potestad reglamentaria de los órganos reguladores. Controversia sobre la aplicabilidad del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias contemplado en la Ley del Gobierno.
- 1.2. Nulidad de una Orden por la que se desestima un Recurso de Alzada interpuesto contra la resolución, mediante la que se hace pública la relación de aprobados en un proceso selectivo para el ingreso en un Cuerpo de Gestión Administrativa, al ser resuelto el recurso por el titular del mismo órgano que dictó el acto administrativo objeto del recurso en virtud de una delegación de competencias, sin que se vea alterada por el hecho de que el autor material del acto sea otro órgano, por suplencia.
- 1.3. Ampliación del plazo de tramitación de los procedimientos administrativos establecida en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992: requisitos y límites.
- 1.4. Indulto acordado por el Consejo de Ministros. Legitimación de la víctima del delito para su impugnación. Impugnabilidad del Acuerdo de indulto: no es un acto político.

2. Administraciones públicas

- 2.1. La entidad Suelo y Vivienda de Aragón tiene la condición de medio propio instrumental de la Administración: es una empresa dependiente de la misma al ser su capital íntegramente público y ser ejercido su control por los cargos directivos de las Consejerías autonómicas, de manera que las relaciones entre la Consejería y la entidad no tendrán carácter contractual, sino que se tratará de una encomienda de gestión o un encargo de ejecución de la Administración autonómica a uno de sus medios instrumentales.
- 2.2. El Ministerio de Administraciones Públicas es siempre competente para la destitución del cargo y la separación del servicio del personal funcionario con habilitación de carácter estatal de las entidades locales de Cataluña.

3. Bienes públicos

- 3.1. Naturaleza del demanio. Improcedencia de aprobar la Comunidad Autónoma un deslinde de vías pecuarias sobre terrenos previamente afectos a la Defensa nacional.
- 3.2. Compatibilidad de concesiones demaniales sobre el mismo espacio físico.

- 3.3. Tráfico jurídico privado de los derechos concesionales. Acto administrativo que autoriza la cesión a un tercero, mediante un contrato de cesión de uso, de un espacio portuario que le permite dedicar las instalaciones portuarias a un uso no previsto en la concesión inicial. Nulidad por no haberse tramitado un procedimiento directamente dirigido a modificar el objeto de la concesión al ser una modificación sustancial.
 - 3.4. Posible indemnización por desahucio por recuperación de la posesión de terrenos de dominio público cedidos en precario. Tipos de precario. Precariedad de segundo grado que no lleva aparejada indemnización pues su resolución por posibles “necesidades aeroportuarias” era conocida desde el inicio.
 - 3.5. Convenios urbanísticos de planeamiento con permuta de bienes públicos. Acreditación de la necesidad de la permuta, como excepción a la subasta, ya desde el convenio urbanístico que la prevé, aunque el expediente de permuta se inicie justo entonces.
 - 3.6. Posibilidad que la Comunidad Autónoma pueda efectuar por sí la declaración de bien de interés cultural de un inmueble sito en el dominio público marítimo terrestre, con imposición al Estado de unos deberes de conservación que afectan a la titularidad estatal del dominio. Competencias concurrentes sobre el mismo espacio físico. Falta de prueba judicial de la perturbación real en la competencia estatal.
4. Contratación administrativa
- 4.1. Diferencia entre nulidad del contrato y resolución. La indemnización en el caso de la nulidad no incluye, como lucro cesante, el beneficio industrial que deriva del contrato anulado.
 - 4.2. Uniones temporales de empresas (UTE's). Responsabilidad solidaria.
 - 4.3. Inexistencia de derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión. No consta que las alteraciones de obras invocadas fuesen impuestas por la Administración contratante; y tampoco se solicitó el reajuste del inicial plan económico-financiero acompañado con la proposición.
 - 4.4. Exclusión en el pliego de la revisión de precios. Prórroga concedida al contratista por causa no imputable al mismo y aumento del plazo de ejecución por encima de los doce meses.
 - 4.5. Inactividad de la Administración. Falta de pago de certificaciones de obra, cuya deuda reconoce la Administración contratante. Aplicación de la medida cautelar establecida en el art. 200 bis de la Ley 30/2007: pago inmediato de la deuda.

- 4.6. En el pliego de cláusulas administrativas particulares no se contemplan como mejoras valorables las que el informe técnico que sirve de fundamento a la adjudicación del concurso introduce de forma sorpresiva.
5. Corporaciones de derecho público
- 5.1. Confección de la lista de Peritos que anualmente ha de realizarse para que actúen en Juzgados y Tribunales. Tratándose de profesiones que no exigen titulación de colegiación obligatoria puede acudir simultáneamente a los Colegios Oficiales y a otras entidades profesionales.
- 5.2. El Comité Nacional de Competición y Disciplina Deportiva de la Real Federación Española de Ciclismo ejerce en competiciones como la “Vuelta Ciclista a España” una función pública de carácter administrativo cuando impone una sanción por dopaje detectado en ellas. Por tanto, su resolución es recurrible en vía administrativa ante el Comité Español de Disciplina Deportiva. Y la de éste es impugnabile ante este orden jurisdiccional contencioso-administrativo
6. Derecho administrativo económico
- 6.1.- Plazo de prescripción de las sanciones. Interpretación del artículo 132.3 de la LRJAP-PAC.
- 6.2.- Libertad de establecimiento. Grandes empresas de distribución. Contravención del derecho comunitario.
- 6.3.- Televisión. Emisión de programas susceptibles de afectar al desarrollo físico, mental y moral de los menores.
- 6.4.- Defensa de la competencia. Abuso de posición de dominio. Disposición al arbitraje.
- 6.5.- Defensa de la competencia. Acuerdos prohibidos. Existencia de amparo legal.
- 6.6.- Defensa de la Competencia. Abuso de posición de dominio. Precios excesivos
- 6.7.- Las Administraciones Públicas como destinatarias del Derecho de la competencia.
7. Derechos fundamentales y libertades públicas
- 7.1. Libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE).
- 7.1.1. Velo islámico integral. Constituye una manifestación del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa. La prohibición/limitación de su ejercicio exige constitucionalmente la existencia de una Ley. Incompetencia de los Ayuntamientos para prohibir su utilización.
- 7.1.2. Retirada del “Cristo de Monteagudo”. La presencia de símbolos de carácter religioso en lugares públicos no vulnera la aconfesionalidad del Estado y consiguiente deber de neutralidad e imparcialidad de los poderes públicos en el ámbito de la

libertad religiosa, cuando con independencia de su origen religioso, son percibidos en el momento actual como signos culturales, identitarios y resultado de una convención social.

- 7.1.3.- Asignatura Educación para la Ciudadanía. Principio de neutralidad ideológica de los poderes públicos. Análisis sobre el carácter adoctrinador del libro de texto empleado para su impartición. Derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).
 - 7.2. Derecho de participación en los asuntos públicos (art. 23 CE). Derecho de los parlamentarios a obtener información en el ejercicio de sus cargos. Obligación de la Administración de motivar las razones que impiden facilitar la información solicitada.
 - 7.3. Derecho fundamental de sufragio pasivo (artículo 23.2 CE). Elecciones Autonómicas Catalanas. La exigencia de los avales establecidos en el artículo 169.3 LOREG para la presentación de candidaturas no lo vulnera en cuanto resulta del articulado del propio Estatuto de Autonomía de Cataluña.
 - 7.4. Derecho a la legalidad y tipicidad sancionadora (artículo 25.1 CE). Infracción tributaria prevista en el artículo 201 LGT: *falso empresario* que, acogido al régimen de estimación objetiva, había simulado actividad económica emitiendo facturas falsas sin contraprestación real ("*fraude de moduleros*").
8. expropiación forzosa
- 8.1. El artículo 34 LEF no impide que el Jurado interese antes de su acuerdo valorativo informes complementarios sin necesidad de dar audiencia a los interesados. Lo que exige el artículo 34 de la Ley de Expropiación Forzosa es que se tengan en cuenta las hojas de justiprecio.
 - 8.2. Vinculación con la hoja de aprecio. No alcanza al aprovechamiento urbanístico ya que no tiene sustantividad propia a efectos valorativos para considerarlo concepto indemnizable.
 - 8.3. Expropiación y ejercicio de la potestad de planeamiento. La valoración de la privación de los derechos a expropiar, son cuestiones ajenas al ejercicio de la potestad de planeamiento y en modo alguno pueden imponerse a las previsiones de ordenación..
 - 8.4. Modificación de la clasificación del suelo por aprobación de un proyecto supramunicipal. La aprobación de un Proyecto Supramunicipal no conlleva la modificación de la clasificación del suelo afectado por el mismo.
 - 8.5. Suelo urbano consolidado y gastos de urbanización. El suelo consolidado por la urbanización no puede degradarse a suelo no consolidado por la realización de obras de transformación urbanística.
 - 8.6. Valoración por el método de comparación del artículo 26 de la Ley 6/98. Concepto de fincas análogas. Deben entenderse aquéllas que se

hallan en la misma zona, que tienen dimensiones y aprovechamientos similares y, por supuesto, que se hallan sometidas a idéntico régimen urbanístico.

- 8.7. Expectativas urbanísticas. Procedencia de la valoración de las expectativas urbanísticas a través de la media aritmética entre el valor unitario obtenido por el método objetivo y el valor obtenido por el Jurado y reducción del resultado en un 50%.
 - 8.8. Aprovechamiento. Si bien en principio una actuación de reforma comporta, en sí mismo considerada, un ámbito de gestión a los efectos previstos en el artículo 28.2º, resulta evidente que cuando el mismo planeamiento que articula dicha actuación establece ámbitos de gestión individualizados, deberá estarse a lo que resulte de cada uno de dichos ámbitos porque ya carece de fundamento el originario ámbito de gestión de toda la actuación de reforma.
 - 8.9. Sistemas generales y suelo de especial protección. Cuando el suelo no urbanizable está sometido a un régimen de especial protección no opera la doctrina jurisprudencial que exige que el suelo no urbanizable expropiado para la ejecución de sistemas generales que crean ciudad sea valorado como si de suelo urbanizable se tratase.
 - 8.10. Cesiones. El principio de equidistribución de beneficios y cargas, no solo implica que se aplique el aprovechamiento que corresponda, sino también las cargas que están obligados a soportar.
 - 8.11. Cesiones. No puede tomarse en consideración un aprovechamiento neto antes de haber realizado las cesiones correspondientes.
 - 8.12.- Interés de demora cuando el expediente de justiprecio tiene lugar 50 años después de la ocupación.
9. Extranjería y asilo
- 9.1. Extranjería
 - 9.1.1. Reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España. Procedencia de la aplicación supletoria de lo dispuesto en el Real Decreto 2393/2004, por así preverlo la disposición adicional segunda del Real Decreto 240/2007. Aplicabilidad de lo resuelto en la STS de 5 de octubre de 2011 (RC 5245/2008): el Consulado no puede modificar el criterio de la resolución administrativa que concedió la autorización de residencia de los reagrupados salvo que concurran especiales circunstancias.
 - 9.1.2. Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Desestimación de la impugnación dirigida contra los párrafos segundo y tercero del apartado séptimo del artículo 23 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011. Negación del carácter sancionador de las órdenes de devolución propiamente dichas y admisión, aun cuando sólo fuera por aplicación de la Directiva 2008/115/CE, de la validez -y aun de la exigencia- de las

prohibiciones de entrada a ellas anejas (cuando vinieran precedidas, en España, de las garantías que exige el Tribunal Constitucional); por ello y, no siendo discutidos en el recurso los tiempos a que pueden elevarse dichas prohibiciones, estimación por parte del Alto Tribunal de que nada impide que el *dies a quo* del cómputo de los plazos para la “prescripción” de la resolución de devolución sea el que fijan los preceptos reglamentarios impugnados, sin que necesariamente hayan de atenerse a lo dispuesto de modo supletorio para las sanciones administrativas en la Ley 30/1992.

- 9.1.3. Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Desestimación de la impugnación dirigida contra dos previsiones específicas contenidas en el apartado segundo del artículo 71 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, referidas al “requisito de cotización”, en materia de renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Ninguno de los dos preceptos reglamentarios singularmente impugnados vulnera, al desarrollarlo, el artículo 38.6, letra a), de la Ley 4/2000.
- 9.1.4. Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE. Anulación del inciso *“los plazos para la interposición de los recursos que procedan serán computados a partir de la fecha de notificación al empleador o empresario”*, que contiene el artículo 88.5, párrafo 4º, del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011.
- 9.1.5. Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Procedimiento para obtener la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, sin necesidad de visado. Anulación del inciso contenido en el apartado 4 del artículo 128 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, a tenor del cual el órgano competente *“podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal”*.
- 9.1.6. Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Concurrencia de procedimientos. Concurrencia del procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de las previstas en los artículos 31 bis, 59, 59 bis o 68.3 de la

Ley Orgánica 4/2000 con la existencia contra el solicitante de una medida de expulsión no ejecutada por concurrencia de una infracción de las previstas en las letras a) y b) del artículo 53.1 de la citada Ley Orgánica. Desestimación de la impugnación dirigida contra el concreto inciso del apartado 2 del artículo 241 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, relativo a que se trate de una medida de expulsión *“no ejecutada”*.

- 9.1.7. Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Desestimación de la impugnación dirigida contra el inciso del artículo 258.6 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, según el cual la autoridad gubernativa deberá comunicar al órgano jurisdiccional que autorizó el internamiento de un extranjero en un Centro de Internamiento de Extranjeros cualquier circunstancia en relación con la situación de aquél *“que pudiera determinar la variación de la decisión judicial relativa a su internamiento”*. Conformidad de dicho inciso con el artículo 60.3 de la Ley Orgánica 4/2000.
- 9.1.8. Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Anulación del apartado primero, párrafo segundo, de la Disposición Adicional Primera, así como del inciso *“o en su caso resolverá la inadmisión a trámite”* que contiene el artículo 106.3, párrafo primero del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, en la medida en que atribuyen a las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas en el exterior la competencia *“en materia de admisión a trámite de procedimientos iniciados en el extranjero”* cuando no la tengan para resolver el fondo de los procedimientos para la obtención de las siguientes autorizaciones: a) las de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado; b) las de residencia temporal no lucrativa; c) las de residencia temporal y trabajo por cuenta propia; y d) las de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo cuando la persona extranjera no sea residente en España y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a 90 días.
- 9.1.9. Adquisición de nacionalidad española por residencia. Requisito de residencia legal continuada. Resulta lógica y razonable una interpretación flexible del requisito de la continuidad en el supuesto de demora en la petición de los permisos pertinentes que no permite cuestionar la clara voluntad del solicitante de regularizar su situación.

9.2. Asilo

- 9.2.1. El pronunciamiento judicial relativo a la no concurrencia de las condiciones del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, engloba o comprende el examen de los requisitos indicados en los números 3 y 4 del artículo 31 del Reglamento aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.
- 9.2.2. La autorización de permanencia en España por razones humanitarias, referido a la posibilidad prevista en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/84 en concordancia con el artículo 31.3 de su Reglamento de aplicación. Necesidad de tomar en consideración la situación realmente existente en el país de origen en el momento en que se dicta la resolución judicial.
- 9.2.3. La figura del llamado refugiado *sur place*.
- 9.2.4 El principio de “no devolución” (non refoulement). Aplicación.
- 9.2.5. Examen del artículo 3.2 del Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003; dicho precepto no establece una facultad plenamente discrecional de los Estados miembros (en cuanto derivada del ejercicio de su soberanía en las relaciones internacionales), como tal insusceptible de control y revisión.
- 9.2.6. Solicitud de protección internacional presentada en un Centro de Internamiento para Extranjeros. Aplicabilidad, en sus líneas maestras, de los mismos criterios jurisprudenciales que se consagraron para el artículo 5.6.d) de la anterior Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo (modificada por Ley 9/1994), para el procedimiento acelerado previsto en el artículo 21.2º, apartado b) de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Cuando esa incoherencia, inverosimilitud o insuficiencia del relato – a la que se refiere el citado artículo 21.2.b)- no se revela manifiesta, obvia o patente, lo que hay que hacer es admitir a trámite la solicitud presentada por el internado en el CIE y darle el curso del procedimiento de urgencia como exige el artículo 25.2 de la Ley 12/2009, con los actos de instrucción necesarios para verificar la verosimilitud del relato, su posible incardinación entre las causas de persecución protegibles, y su acreditación indiciaria suficiente, con la preceptiva intervención de la CIAR.

10. Función pública.

- 10.1. La amortización de puestos de trabajo de personal laboral en una RPT ha de ser objeto de negociación colectiva con los sindicatos.
- 10.2. Prolongación del servicio activo del personal estatutario de los servicios de salud. Impugnación indirecta de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos (PORH).
- 10.3. Requisitos para el nombramiento de director general de la Administración General del Estado en relación con la excepción prevista en el artículo 18.2 de la LOFAGE consistente en que cabe

que el nombramiento de alto cargo no recaiga en personal funcionario.

- 10.4. Naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo (RPTs). Participan de la naturaleza propia de las disposiciones administrativas de carácter general, pero no son verdaderos reglamentos, por lo que no es posible plantear cuestiones de ilegalidad en relación con ellos. Análisis de la posibilidad del planteamiento de una cuestión de ilegalidad respecto a las RPTs como un debate nuevo en la jurisprudencia.
 - 10.5. Acreditación de méritos en los procesos selectivos. Posibilidad de subsanar los defectos formales y la documentación presentada en aplicación del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando se han acreditado en tiempo los aspectos sustantivos del mismo.
 - 10.6. Principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas. Necesidad de que exista una correspondencia entre las aptitudes, conocimientos y experiencias valorados en el proceso selectivo y los cometidos de la plaza o puesto a cuyo acceso se aspira. Concurso-oposición para la categoría de médicos de familia de un servicio de salud. Personal estatutario. Diferenciación entre los conceptos de “experiencia profesional” y “antigüedad” en la valoración de los procesos selectivos.
 - 10.7. Valoración de méritos de formación en un concurso-oposición (valoración de cursos directamente relacionados con el temario de acceso al cuerpo). Discrecionalidad técnica y alcance de la revisión jurisdiccional de la misma. Motivación de la actuación administrativa de los órganos de selección.
 - 10.8. Valoración de méritos en un concurso (valoración del trabajo desarrollado). Valoración del tiempo de servicios prestado provisionalmente, bien en comisión de servicios, bien en adscripción provisional, para consolidar el grado personal correspondiente al puesto propio del funcionario o, en los casos de supresión de puestos de trabajo, del nivel del puesto amortizado. Valoración de ese tiempo de servicios como mérito.
11. Poder Judicial. Administración de Justicia.
 - 11.1. No siempre los mismos criterios sirven para decidir válidamente el nombramiento de un Magistrado para un cargo discrecional. No existe desigualdad de trato porque el criterio que, entre otros, sirvió para un nombramiento no resulte determinante en los sucesivos que se hayan de producir.
 - 11.2. El imputado en un procedimiento penal carece de legitimación para impugnar el acuerdo de la Comisión Permanente que concedió al magistrado instructor de las mismas y que había sido destinado a otro órgano judicial, comisión de servicio sin relevación de funciones por tres meses. No resulta acreditada la ventaja o la evitación de un perjuicio que se derivaría en el caso en que sus pretensiones fueran estimadas.

- 11.3. Concurso de acceso a la carrera judicial por la categoría de Magistrado. La puntuación mínima establecida en el concurso de acceso para determinar los candidatos que deben ser convocados a la fase de entrevista tiene como único fin limitar el número de aspirantes que pueden participar en esa fase del proceso selectivo. Dicho límite no puede operar en las valoraciones definitivas de las posteriores fases del proceso selectivo.
 - 11.4. Cese en el puesto de juez sustituta. Decisión procedente por haberse apreciado correctamente la causa de incompatibilidad del art. 393 LOPJ (ejercicio de la abogacía en el juzgado donde se actúa en los dos años anteriores).
 - 11.5. Magistrado ingresado en la Carrera Judicial por el cuarto turno en convocatoria para plazas del orden civil. Correcta exclusión del concurso para la cobertura de plazas de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción al tratarse de órganos con jurisdicción mixta. Limitación para plazas del orden civil.
 - 11.6. Imposibilidad de limitar el llamamiento de un Juez sustituto exclusivamente a los días de señalamiento. El llamamiento debe extenderse a todo el período que abarque la ausencia del Juez titular.
 - 11.7. Reconocimiento de los trienios correspondientes al tiempo de ejercicio de funciones judiciales por jueces sustitutos. Estimación procedente una vez anulado por la STS de 8 de noviembre de 2012 (cuestión de ilegalidad 1/2012) el artículo 5.4 b) del Real Decreto 431/2004, de 12 de marzo. STS de 29 de abril de 2013 (Rc 226/2012).
12. Propiedades especiales
 - 12.1. Propiedad industrial: Marcas. Estimación del recurso de casación por infracción normativa –Art. 5.1 b) y c) de la Ley 17/2001, de Marcas- de la sentencia impugnada. Estimación del recurso contencioso-administrativo por el carácter genérico de la marca mixta número 2762674 “CENTROCOMERCIAL.ES” para el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, especialmente telemáticas, servicios de transmisión y recepción de mensajes e imágenes por ordenador, y servicios de comunicación accesibles vía redes mundiales informáticas, solicitada en clase 38 del Nomenclátor Internacional. Los aditamentos de la marca no comunican carácter distintivo al signo. La prohibición absoluta contenida en el art 5.1 de la Ley de Marcas puede ser alegada en vía administrativa y jurisdiccional, con independencia del examen de oficio de esas prohibiciones que ha de realizar la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM).
 - 12.2. Propiedad industrial: Marcas. Estimación del recurso de casación por incongruencia omisiva de la sentencia impugnada. Desestimación del recurso contencioso-administrativo porque la alegación por la demandante de la concurrencia de una causa de nulidad absoluta en las marcas oponentes resulta improcedente plantearla como simple excepción en el proceso contencioso, y, en todo caso, o bien debería haberse hecho valer formulando los recursos procedentes tras la concesión administrativa o bien haber ejercitado la correspondiente acción de nulidad.

- 12.3. Propiedad industrial: Marca nacional. Oposición de marcas comunitarias. Determinación de la prioridad en la legislación nacional y en el Reglamento de marca comunitaria. Precisiones de cada normativa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Interpretación del art 27 del Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la Marca comunitaria.
 - 12.4. Propiedad industrial: Certificados complementarios de protección para los medicamentos. Interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de septiembre de 1999, asunto C-392/1997, que al resolver una cuestión prejudicial con motivo de la interpretación de diversos preceptos de dicho Reglamento 1768/92, declaró que “siempre que un producto, en la forma mencionada en la autorización de comercialización, esté protegido por una patente de base en vigor, el certificado puede amparar el producto, en concepto de medicamento, bajo todas las formas que estén comprendidas en el ámbito de protección de la patente de base.
13. Responsabilidad patrimonial
 - 13.1. Responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria
 - 13.1.1. Exigencia de la infracción de la lex artis
 - 13.1.2. La Administración no es aseguradora universal.
 - 13.1.3. La solidaridad social como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración en un supuesto de administración de una vacuna
 - 13.2. Información y consentimiento
 - 13.2.1. Consideración de la falta de información como daño moral indemnizable
 - 13.2.2. Fijación del importe de la indemnización correspondiente por falta de información entre 30.000 y 60.000 euros.
 - 13.2.3. El deber de información asistencial adquiere mayor intensidad cuando se trata de la denominada “medicina satisfactiva”.
 - 13.3. Responsabilidad del Estado legislador.
 - 13.3.1. La distinción entre daños continuados y permanentes no se traza en razón del carácter definitivo o perdurable del daño. Los daños serán continuados si la cuantificación de los daños derivados de aquella previsión legal no pudo hacerse en el momento de promulgarse la ley. Si pudieron determinarse y calcularse en esa fecha, serán daños
 - 13.3.2. Efectos de la presentación de una solicitud de revisión de oficio en relación a la interrupción del plazo de prescripción. La solicitud fue formulada dentro del plazo de un año desde la publicación de la sentencia que declaró inconstitucional la Ley.
 - 13.4. Fijación del importe indemnizatorio.

14. Servicios públicos

- 14.1. Nulidad del Reglamento de producción, posesión, y gestión de residuos peligrosos y del régimen jurídico del servicio público de eliminación de residuos peligrosos de la comunidad autónoma de Aragón. La reserva al sector público de las actividades de eliminación de residuos, supone una restricción indebida de la posibilidad de que el servicio sea prestado por una empresa privada en régimen de libre competencia. Aplicabilidad del principio de proximidad y suficiencia establecido en la legislación básica estatal.

15. Urbanismo y medio ambiente

15.1. Medio ambiente

- 15.1.1. Límites de la potestad de ordenanza municipal en relación con la ordenación del despliegue de redes de telefonía móvil y el establecimiento de distancias mínimas a “zonas sensibles”: escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos. Títulos competenciales de los artículos 149.1.21^a, 149.1.16^a y 149.1.23^a de la CE, que atañen, respectivamente, a la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones, en materia de bases y coordinación general de la sanidad y en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, y competencias municipales.
- 15.1.2. El informe de la Confederación Hidrográfica competente, en procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación urbanística, sobre la suficiencia de recursos hídricos es preceptivo y vinculante y no cabe sustituirlo por el informe de las empresas suministradoras del agua. El informe de la Confederación Hidrográfica ha de versar sobre el aprovechamiento y disponibilidad de los recursos hídricos.
- 15.1.3. Principios y objetivos del Derecho ambiental europeo. Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Suelo verde urbano. Principio de no regresión.
- 15.1.4. Competencia en la limpieza y dragado del cauce de la ría de Bilbao al quedar desafectada como bien portuario para integrarse en el dominio público marítimo-terrestre. Artículos 110.c) y 111.1.a) de la Ley de Costas. No son competencia del Estado porque exceden de las facultades de tutela y policía que ese precepto le atribuye a la administración estatal

15.2. Urbanismo.

- 15.2.1. Alcance de la declaración judicial de nulidad del planeamiento urbanístico por falta o insuficiencia de la debida motivación

- 15.2.2. La invalidez de un Plan Parcial aprobado antes de la publicación de la revisión de las NNSS de cobertura no resulta enervada por el hecho de que la aprobación del Plan Parcial se condicionara “en cuanto a su eficacia jurídica” a la publicación y entrada en vigor de la citada revisión de las NNSS.
- 15.2.3. Ejecución del planeamiento. Sistema de expropiación. La designación de una empresa dependiente de la administración como beneficiaria de la expropiación y el otorgamiento a la misma de un derecho exclusivo de gestión urbanística constituye un supuesto de contratación doméstica “ in house providing” que respeta la doctrina Teckal.
- 15.2.4. Alcance y contenido del informe a emitir por el organismo de cuenca en relación a la existencia de recursos hídricos suficientes para la actuación urbanística proyectada. No se circunscribe a la mera existencia física del recurso, sino, también, a su disponibilidad jurídica.
- 15.2.5. Formulación actual de la exigencia de motivación de los planes de urbanismo: Vinculación finalista a la satisfacción del interés público y subordinación a los principios constitucionales.
- 15.2.6. Vinculación positiva del planificador a la ley. Si la legislación urbanística no habilita técnicas de equidistribución externas, por ejemplo, a través del aprovechamiento tipo, que interrelacionen los distintos sectores, al objeto de compensar excesos o defectos, el planeamiento no puede crearlas ex novo al margen del sistema legal.
- 15.2.7. Límites de la potestad de planeamiento que incumbe ejercer a las Comunidades Autónomas a través de los Planes Supramunicipales. “Congelación de rango”.
- 15.2.8. Innovaciones de planeamiento dictadas en fraude de la ejecución de sentencias firmes. Matización del criterio temporal que, con carácter general, impide apreciar la finalidad desviada del instrumento de planeamiento si su aprobación se produce con anterioridad a la firmeza de la sentencia cuya eficacia resulta enervada.
- 15.2.9. Actos preparatorios. Carácter esencial del trámite de información pública (sugerencias) en el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico.

II. TRIBUTARIO

1. Ordenanza fiscal municipal reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general. Los operadores de telefonía móvil no tienen que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal cuando, no siendo titulares de las redes a través de las cuales se

efectúan los correspondientes suministros, lo son de derechos de uso, de acceso o de interconexión a éstas.

2. Impuesto sobre Sociedades. Inaplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores a una operación de Leveraged Buy Out, compra apalancada, en su modalidad Merger Leveraged Buy Out, fusión apalancada, por inexistencia de motivos económicos válidos.
3. Procedimientos tributarios. La anulación de una liquidación como consecuencia de una resolución judicial no impide a la Administración tributaria girar otra nueva, independientemente de que el vicio o defecto determinante de tal anulación sea de carácter formal o de fondo.
4. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. La constitución de una comunidad de bienes que adquiere un solar con la finalidad de construir en él unas viviendas para adjudicar a los comuneros es una operación sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad operaciones societarias.
5. Impuesto sobre el Valor Añadido. Para tener derecho a la deducción de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido soportadas como consecuencia de operaciones fraudulentas es necesaria la concurrencia de buena fe en el sujeto pasivo que pretende practicársela.
6. Impuesto sobre Sociedades. La facultad para apreciar la concurrencia de una causa de disolución de una sociedad, a efectos de determinar su exclusión del grupo consolidado, no corresponde a la Inspección de los Tributos.
7. Recurso de casación contra Auto en materia de ejecución de sentencia llevada a cabo por la Administración tributaria. El recurso de casación debió inadmitirse, al formularse por el cauce del art. 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, se plantea la cuestión de la destipificación de la infracción en aplicación del art. 15 de la Ley 58/2003, General Tributaria, el cual regula el «conflicto en la aplicación de la norma tributaria», que posee relevancia constitucional y debe ser resuelta. Calificación de la operación en fraude a la ley o conflicto en la calificación de la norma, supuesto que no constituye simulación, lo que determina la imposibilidad de ejecutar la sanción aunque no fuera recurrida, por desaparición sobrevenida del supuesto típico.
8. Extinción de la deuda tributaria. Prescripción. Bajo la vigencia de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, el plazo de prescripción para solicitar la devolución del ingreso indebido por el tributo que fuera declarado improcedente por el órgano encargado de dirimir tal cuestión, en el caso de tributos que gravaran una misma operación y que resultaran incompatibles entre sí, debía comenzar a contarse desde la resolución del precitado órgano, tal y como ahora proclama de modo expreso el art. 67.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Costas procesales. Limitación del arancel del procurador en el pronunciamiento sobre las costas del recurso.
2. Cuando las Administraciones Públicas comparecen en un proceso defendidas por Letrados de sus servicios jurídicos y representadas por Procuradores libremente designados por ellas, y como consecuencia del resultado del litigio el Tribunal condena en costas a quien demandó a la Administración, en las mismas no deben incluirse los derechos devengados por los Procuradores.
3. Carácter preceptivo de la publicación de la interposición del recurso cuando se impugna una disposición general. Interpretación del artículo 47.2 LJCA.
4. Solicitud de retroacción de actuaciones judiciales, basada en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Eficacia de las resoluciones de este Tribunal. Canalización de la petición a través del incidente de nulidad de actuaciones
5. Cumplimiento de la carga procesal del artículo 45.2.d) LJCA cuando quien recurre es el Abogado del Estado en nombre de la Administración General del Estado.

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 (más alguna relevante sentencia que siendo de fecha correspondiente a los últimos días del año judicial anterior, no pudo incorporarse a la “crónica” de dicho año, dada la fecha en que se dictó)¹.

Al igual que el año pasado, también en este año destaca el elevado número de asuntos resueltos por la Sala, lo cual, puesto en relación con la amplia diversidad de materias de las que conoce, dificulta notablemente la selección de las sentencias y autos más relevantes para su incorporación a esta crónica, pues, al margen de las que a continuación se exponen, hay muchas más resoluciones que por su carácter innovador, o por la propia trascendencia social y jurídica de su objeto y de las declaraciones que contienen, merecerían ser, asimismo, destacadas.

I. ADMINISTRATIVO

1. Acto y procedimiento administrativo

1.1. Potestad reglamentaria de los órganos reguladores. Controversia sobre la aplicabilidad del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias contemplado en la Ley del Gobierno.

La **STS, Pleno, 30-04-2012 (Rca 884/2011)** desestimatoria del recurso interpuesto contra el Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, contiene en su FJ 5º un relevante estudio de la potestad reglamentaria del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, con unas consideraciones que podrían extenderse a otros casos de ejercicio de potestad reglamentaria por los órganos reguladores. La parte recurrente había aducido que la atribución al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de la capacidad para dictar resoluciones de contenido normativo que constituyen auténticas normas jurídicas supone la atribución a dicho organismo de una genuina potestad normativa, que sin embargo no se somete a las exigencias del artículo 24 de la Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre), en particular a la de otorgar audiencia a las corporaciones representativas de los

¹ La elaboración de la Crónica de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sido realizada por D. Jesús Calderón, D. José Guerrero Zaplana, D. Marcial Viñoly Palop y D. Pedro Escribano Testaut, Magistrados del Gabinete Técnico, y por Dña. Diana Fernández Sánchez, Dña. Africa Herrera Alonso, Dña. Cristina Gómez del Valle, Dña. María Luisa López-Yuste Padial, Dña. Carmen Lence Reija, D. José Manuel Núñez Jiménez, D. Manuel Luis Pérez García, D. Augusto González Alonso, D. Miguel Ángel 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.

intereses de los auditores. Esto es, la parte actora partía del entendimiento de que las resoluciones contempladas del ICAC son reglamentos en sentido propio y que, como tales, están sometidos al procedimiento de elaboración estipulado en el artículo 24 de la Ley del Gobierno; en consecuencia, se sostenía por la demandante, se había incumplido la exigencia de dicho precepto de otorgar audiencia a las corporaciones representativas de los auditores. Pues bien, el Tribunal Supremo rechaza esta alegación, señalando que *“la Ley del Gobierno regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos producto de la potestad reglamentaria del propio Gobierno, sin que pueda extenderse de forma automática dicho procedimiento al ejercicio de la potestad reglamentaria de cualquier otro órgano constitucional o administrativo”*; y añadiendo a continuación que *“existe una amplia jurisprudencia de esta Sala sobre la potestad reglamentaria de órganos reguladores en distintos ámbitos económicos sectoriales y en ningún caso hemos afirmado que dicha potestad normativa quede necesariamente sometida al mismo procedimiento y requisitos que la potestad reglamentaria del Gobierno”*. Más aún, apunta la Sala que con frecuencia se especifica por vía legal o reglamentaria un procedimiento específico para tales facultades normativas; lo cual no obsta a que la capacidad normativa de dichos órganos reguladores tenga efectos vinculantes para los distintos sujetos sometidos a la regulación de su actividad, ni impide que en un concreto supuesto se establezca de forma expresa que una específica potestad normativa de un órgano regulador siga el procedimiento contemplado en el artículo 24 de la Ley del Gobierno (como puede especificar otro procedimiento)

1.2. Nulidad de una Orden por la que se desestima un Recurso de Alzada interpuesto contra la resolución, mediante la que se hace pública la relación de aprobados en un proceso selectivo para el ingreso en un Cuerpo de Gestión Administrativa, al ser resuelto el recurso por el titular del mismo órgano que dictó el acto administrativo objeto del recurso en virtud de una delegación de competencias, sin que se vea alterada por el hecho de que el autor material del acto sea otro órgano, por suplencia.

La **STS, Sec. 7ª, 03-12-2012 (Rc 798/2012)** confirma la Sentencia, de 27 de diciembre de 2011, dictada por el TSJ de Andalucía, mediante la que se estimaba el RCA 1922/2006 interpuesto contra la Orden por la que se desestima el Recurso de Alzada interpuesto contra la Resolución de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, mediante la que se hace pública la relación de aprobados en un proceso selectivo para el ingreso en un Cuerpo de Gestión Administrativa, Especialidad Gestión Financiera. La Sentencia precisa que dicha Orden fue dictada por el Secretario General para la Administración Pública, por delegación de la Consejera y, a su vez, por el Director General de Función Pública, por suplencia del mismo Secretario General y, al margen de la autoridad que figura reseñada como autora material del acto, es decir, la que ha firmado la Orden en cuestión, la competencia para su emisión corresponde al Secretario General para la Administración Pública, esto es, al mismo órgano autor del acto objeto del recurso, en virtud de una delegación de competencias de la Consejera, que

se encuentra viciada de nulidad, al ser claramente contraria a la prohibición expresa que se contiene en el artículo 13.2.c) de la Ley 30/1992, sin que quepa entenderse subsanada por el hecho circunstancial de figurar firmada por suplencia, habida cuenta que el artículo 17 de la propia Ley previene que tal figura no implicará alteración de la competencia.

1.3. Ampliación del plazo de tramitación de los procedimientos administrativos establecida en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992: requisitos y límites.

La **STS, Sec. 5ª, 15-02-2013 (Rc 3378/2008)** señala que la posibilidad de ampliación del plazo de tramitación de los procedimientos administrativos establecida en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992 no se caracteriza como una facultad discrecional e incondicionada, sino que está sometida a requisitos y límites bien precisos, toda vez que *“el propio tenor de este apartado evidencia, sin necesidad de mayores disquisiciones, que la posibilidad de ampliar el plazo de tramitación se rige por las siguientes notas: 1º) es una facultad de carácter excepcional, y como tal ha de aplicarse de forma restrictiva; 2º) su utilización ha de ser expresamente motivada; 3º) dicha motivación no puede basarse en consideraciones genéricas sino por referencia singularizada a las circunstancias del caso; y 4º) no puede adoptarse de forma apriorística sino que procederá tan sólo después de haber agotado todos los medios pertinentes para resolver en el plazo establecido”*. Añade esta sentencia que *“si la norma establece un plazo determinado de tramitación y resolución es porque parte de la base de que en ese plazo puede concluirse razonablemente el procedimiento, y justamente por eso, si en un caso puntual se estima insuficiente ese plazo, debe hacerse constar de forma motivada y circunstanciada”* (FJ 6º).

1.4. Indulto acordado por el Consejo de Ministros. Legitimación de la víctima del delito para su impugnación. Impugnabilidad del Acuerdo de insulto: no es un acto político exento de control jurisdiccional.

La **STS, Sec. 6ª, 20-02-2013 (Rc 165/2012)** reviste especial interés por el examen que realiza de la potestad de indulto, su impugnabilidad, los sujetos legitimados para sostener esa impugnación, y el propio ámbito del control judicial. Comienza la sentencia su estudio de estas cuestiones centrándose en la legitimación de los recurrentes, que es afirmada por el Tribunal en atención al dato de que los recurrentes habían sido víctimas del delito cometido por los condenados luego indultados, habiendo intervenido como acusación particular en el proceso penal seguido por aquellos hechos, y habiendo participado, en trámite de audiencia, en el procedimiento seguido para la concesión de indulto, por preverlo así la propia Ley de 18 de junio de 1870. Considera, pues, la Sala que *“si los recurrentes han sido parte en el proceso penal, por su voluntad y por autorizarlo así la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y fueron intervinientes en el procedimiento administrativo preparatorio del ejercicio de la prerrogativa de gracia, por quererlo también su ley reguladora y haber sido incorporados al expediente con este fin, no es posible negarles ahora su aptitud para este proceso, tan estrechamente vinculado a los anteriores en su génesis y*

justificación, pues tan concernidos están aquí sus intereses como lo estuvieron en el proceso penal y en el procedimiento administrativo seguido en el Ministerio de Justicia” (FJ 7º). Añade la Sala que no es ajeno a la víctima que ya que ha de aceptar el perdón público, éste se ajuste a lo previsto en la Ley y no se extienda más allá de los límites que ésta impone, pues si se concede la gracia extramuros de la Ley, ese interés que justificó su presencia en el proceso penal sería completamente burlado.

Rechaza también el Tribunal Supremo que la concesión de un indulto pueda caracterizarse como un acto político exento de control jurisdiccional. Señala, a este respecto, la Sala que *“el indulto no es indiferente a la Ley, muy al contrario es un quid aliud respecto de la Ley, y, por tanto, no puede ser ajeno a la fiscalización de los Tribunales, pues en un Estado constitucional como el nuestro, que se proclama de Derecho, no se puede admitir un poder público que en el ejercicio de sus potestades esté dispensado y sustraído a cualesquiera restricciones que pudieran derivar de la interpretación de la Ley por los Tribunales”*; a lo que añade que *“el control judicial respecto de los actos del Gobierno no queda limitado al ejercicio de sus potestades administrativas, sino que también se extiende a otros actos de poder procedentes del Ejecutivo, en la medida en que están sujetos a la Ley, aunque no se cumpla con ellos una función administrativa”*. En definitiva, considera el Tribunal Supremo que *“los indultos son susceptibles de control jurisdiccional en cuanto a los límites y requisitos que deriven directamente de la Constitución o de la Ley, pese a que se trate de actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos, sin que ello signifique que la fiscalización sea in integrum y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución”*; de manera que la fiscalización que compete al Tribunal Supremo *“abarca los elementos reglados de la gracia. Así, aún cuando el Gobierno puede decidir a quién perdona y a quién no y si perdona la totalidad o solo parte de la pena, e incluso imponer condiciones para la condonación, lo cierto es que lo que se puede perdonar, el contenido material del indulto, lo marca la Ley y este elemento reglado es el que abre la puerta al control de la jurisdicción”*. (FJ 8º) Sobre esta base, advierte el Tribunal Supremo que *“no es admisible... por contravenir el ordenamiento jurídico, que a través del indulto se eliminen los antecedentes penales”* (FJ 11º)

2. Administraciones públicas

2.1. La entidad Suelo y Vivienda de Aragón tiene la condición de medio propio instrumental de la Administración: es una empresa dependiente de la misma al ser su capital íntegramente público y ser ejercido su control por los cargos directivos de las Consejerías autonómicas, de manera que las relaciones entre la Consejería y la entidad no tendrán carácter contractual, sino que se tratará de una encomienda de gestión o un encargo de ejecución de la Administración autonómica a uno de sus medios instrumentales.

La **STS, Sec. 5ª, 25-01-2013, (Rc 3351/2010)** señala que la entidad pública Suelo y Vivienda de Aragón cumple con los dos criterios que se

conocen como “criterios Teckal” para que pueda ser considerada como entidad “in house” con respecto al organismo adjudicador a efectos de que se le puedan confiar tareas sin pasar por un procedimiento de adjudicación en competencia.

Tales criterios son los siguientes: 1º) Que la Administración Pública ejerza sobre el ente de que se trate un control análogo al que ejerce sobre los propios servicios; y 2º) Que la entidad realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. En el caso examinado el TS señaló que la entidad pública de Suelo y vivienda cumple conjuntamente con ambos criterios pues ninguna duda cabe albergar sobre el alcance del control que ejerce la Administración pública autonómica sobre Suelo y Vivienda de Aragón, cuando menos análogo al que ejerce sobre los propios servicios, no solo por ser íntegramente público el capital, lo que constituye un indicio sobre el control que se ejerce sobre el ente, sino, sobre todo, por la composición de su órgano de gestión, que es presidido por el Consejero del sector y está integrado por los cargos directivos de las Consejerías, de manera que es patente, no que influya en sus decisiones, sino que las conforma directamente. También se constata fácilmente el cumplimiento del segundo criterio; esto es, que la entidad encomendada realiza “la parte esencial de su actividad” con el ente que ejerce su control, esto es, que las prestaciones van destinadas, en lo esencial, al ente que ejerce el control. Y es que, sin necesidad de examinar los datos económicos de las operaciones, según resulta de su norma de creación el ámbito objetivo de actuación de la entidad Suelo y Vivienda de Aragón consiste en ejecutar políticas y actuaciones públicas, y, entre ellas, el desarrollo de actuaciones de promoción pública de suelo industrial. De manera que es claro que no se está en presencia de una relación contractual entre la Consejería y la entidad Suelo y Vivienda de Aragón, sino ante una encomienda de gestión o un encargo de ejecución de la Administración autonómica a uno de sus medios instrumentales: una empresa dependiente y subordinada, creada precisamente para atender determinados tipos de desarrollos de suelo, y que tiene condición de medio propio instrumental de la Administración.

2.2. El Ministerio de Administraciones Públicas es siempre competente para la destitución del cargo y la separación del servicio del personal funcionario con habilitación de carácter estatal de las entidades locales de Cataluña.

La **STS, Sec. 7ª, 18-03-2013 (Rc 6002/2011)** resuelve el recurso interpuesto contra el Decreto 195/2008, de 7 de octubre, por el que se regulan determinados aspectos del régimen jurídico del personal funcionario con habilitación de carácter estatal de las entidades locales de Cataluña, señalando al efecto que el art. 24.5 del Decreto no se compadece con las normas estatales que debía respetar. Para llegar a tal conclusión la Sala tiene en cuenta lo que establecen el apartado 6 de la Disposición Adicional segunda del Estatuto Básico del Empleado Público y el artículo 151 a) del Real Decreto Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, destacando que el primero reserva al Ministerio de Administraciones Públicas la resolución de los expedientes disciplinarios seguidos contra funcionarios con habilitación de

carácter estatal cuando éstos se hallen destinados en una Comunidad Autónoma distinta de aquélla en la que se incoó el expediente. Y que el segundo sienta una reserva a favor de ese Ministerio para resolver, no cualquier expediente disciplinario que se siga contra esos funcionarios, sino únicamente los que supongan la destitución del cargo o la separación del servicio por haber cometido faltas muy graves o graves y para suspenderlos cuando la hayan cometido en corporación distinta de aquella en la que se hallen destinados, al margen de donde se haya incoado el expediente. De lo que concluye que, para la destitución y la separación del servicio de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, siempre es competente el Ministerio, al igual que para suspenderlo en las circunstancias señaladas por el artículo 151 a) del Real Decreto 781/1096 y que, también, lo es para la imposición de cualquier otra sanción si el expediente se hubiere incoado en Comunidad diferente a la del destino actual del funcionario. Por el contrario, conforme al Estatuto Básico del Empleado Público, no le corresponderá al Ministerio la competencia para imponer cualesquiera otras sanciones a esos funcionarios en razón de expedientes incoados en Cataluña mientras permanezcan destinados en ella, ni tampoco para suspenderlos si la falta se cometió en la misma corporación en que están destinados.

3. Bienes públicos

3.1. Naturaleza del demanio. Improcedencia de aprobar la Comunidad Autónoma un deslinde de vías pecuarias sobre terrenos previamente afectos a la Defensa nacional.

La **STS, Sec. 5ª, 08-11-2012 (Rc 702/2010)**, contiene una importante doctrina jurisprudencial sobre la concurrencia y prevalencia de títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre el dominio público, que se proyecta, en el caso examinado, sobre el deslinde de una vía pecuaria en terrenos que forman parte del demanio estatal afecto a la Defensa nacional. Comienza esta sentencia su estudio del asunto con unas consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la institución del demanio, señalando (FJ 6º) que *“la propia expresión “bienes de dominio público” no hace referencia a una realidad unitaria sino que engloba grupos de bienes muy heterogéneos que, justamente por eso, difícilmente pueden reconducirse a un tratamiento jurídico uniforme. Y eso tiene consecuencias sobre su caracterización jurídica, como se demuestra por el hecho de que cada categoría de bienes demaniales se ha venido rigiendo antes y ahora por una normativa propia y específica, y ha sido sólo en fechas recientes cuando se ha intentado construir una “parte general” del Derecho de los bienes demaniales a través de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Esta Ley, sin embargo, consciente de las dificultades que implica dar un tratamiento jurídico común a realidades tan diversas, se configura como una norma de carácter supletorio respecto de las normas especiales que disciplinan cada una de esas categorías de bienes (artículo 5.4). La Ley citada 33/2003 (artículo 5.1), recoge, siguiendo la tradicional división, entre bienes afectados al uso general o al servicio público, y en general, aquellos bienes que se estima preciso proteger y preservar de*

eventuales intromisiones y apropiaciones por parte de otros sujetos. Todo ello en relación con los principios históricamente asentados y constitucionalmente recogidos ahora ex artículo 132.2 de la CE, de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de estos bienes. Desde el punto de vista del Derecho positivo, la Ley 33/2003 ha recogido esta caracterización del dominio público como una modalidad del derecho de propiedad desde el momento que regula expresamente el régimen registral de los bienes demaniales y ordena a las Administraciones Públicas que procedan a la inscripción en los correspondientes registros de “los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción” (artículo 36). De todos modos, esta naturaleza y otras posibles, como constituir un título jurídico público de intervención, no son mutuamente excluyentes, sino que se complementan a la hora de determinar la significación y régimen jurídico de los bienes demaniales, pues la afirmación de que la Administración Pública es titular de dichos bienes no impide la concurrencia sobre ese mismo espacio de competencias por parte de otras Administraciones. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, Sentencia 247/2007 de 12 de diciembre, que siguiendo una doctrina constitucional consolidada, recuerda que “la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese espacio corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad” (FJ 21)”.

Dicho esto, pasa el Tribunal a examinar si sobre un terreno demanial de propiedad de la Administración General del Estado puede realizar la Comunidad Autónoma el deslinde de una vía pecuaria ya clasificada (que como tal lleva aneja la adquisición de la propiedad para la Comunidad Autónoma según la normativa de vías pecuarias), lo cual es rechazado por la Sala por las siguientes razones: *“no es jurídicamente aceptable que la Comunidad Autónoma lleve a cabo una operación como la aquí concernida, de deslinde de una vía pecuaria, que produce por sí misma un efecto traslativo de la propiedad, con la consecuencia de despojar al Estado de bienes demaniales (en cuanto afectos a la defensa nacional) de los que es titular mediante un acto unilateral de la Comunidad Autónoma, y ello al margen de cualquier concertación con el Estado. Tal forma de actuar se revela frontalmente incompatible con la regla antes citada de inalienabilidad de los bienes demaniales que consagra el artículo 132 de la Constitución y recoge el artículo 6 de la tan citada Ley 33/2003 y asimismo resulta contraria a los principios de cooperación y colaboración entre las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias sobre el dominio público que este mismo artículo 6 recoge” (FJ 7º).* A lo que añade esta sentencia, inmediatamente a continuación, que *“es verdad que una vez realizada la clasificación de la vía, la Administración competente, que es en el sistema actual de competencias la Comunidad autónoma, ha de llevar a cabo el deslinde (artículo 8 de la Ley 3/1995), pero esta última operación deviene jurídicamente inviable, so pena de incurrir en un vicio de invalidez, en la medida que a través de ella se pueda alterar el dominio público estatal, pues la Comunidad Autónoma no puede invocar el título competencial relativo a las vías pecuarias para consumir una actuación que, de acuerdo con su regulación normativa, determinaría una consecuencia inasumible como es la alteración del dominio público del Estado”*

(FJ 8º). Culmina la sentencia su examen del asunto señalando que a la misma conclusión ya alcanzada se llega desde la perspectiva de la concurrencia y superposición de títulos competenciales, estatal y autonómico, sobre el mismo espacio. Apunta, en este sentido, el Tribunal 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 a la Administración General del 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; y sobre esta base, concluye que *“la funcionalidad de esta unidad militar se revela incompatible con las finalidades propias de una vía pecuaria, como el servicio a la cabaña ganadera, o, más recientemente, el favorecimiento del contacto del hombre con la naturaleza y el entorno medio ambiental a que está llamado el corredor ecológico en que se ha transformado la red de vías pecuarias, que es lo que se persigue con el acto administrativo del deslinde impugnado en la instancia”* (FJ 9º)

3.2. Compatibilidad de concesiones demaniales sobre el mismo espacio físico.

La **STS, Sec. 5ª, 31-10-2012 (Rc 5924/2009)**, sienta una novedosa doctrina jurisprudencial acerca de la compatibilidad de concesiones demaniales sobre un mismo terreno. Comienza la sentencia su examen de esta cuestión apuntando que no faltan normas que prevén la posibilidad de usos privativos coincidentes sobre el demanio, o al menos parten de la asunción de tal posibilidad. Así, con carácter general, la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (que constituye el sustrato de todo el Derecho de los bienes demaniales, artículo 4.4) contempla tal hipótesis en su artículo 67, cuando regula las llamadas “afectaciones concurrentes” en referencia a la afectación de los bienes demaniales a distintos fines siempre y cuando sean compatibles entre sí. Incluso el artículo 85 de la misma Ley, cuando define el llamado “uso privativo”, no excluye la hipótesis de la compatibilidad y coincidencia de usos, pues dispone este precepto en su apartado 3º que *“es uso privativo el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados”*, contemplando así de forma expresa la posibilidad de un uso privativo no propiamente excluyente sino únicamente “limitativo” de la utilización del bien demanial por terceros. Otras normas sectoriales -añade esta sentencia- prevén y regulan de forma expresa la coexistencia de títulos concesionales sobre el mismo terreno. Es el caso paradigmático de la Ley de Minas de 1973, que se refiere a los aprovechamientos compatibles en sus artículos 22 y 36; y también el de la Ley de Hidrocarburos 34/1998, en su artículo 23; preceptos, todos estos, que regulan la simultaneidad espacio-temporal de títulos concesionales sobre la base de la compatibilidad de los aprovechamientos correspondientes. Pues bien -dice el Tribunal a continuación, descendiendo al análisis del caso examinado- *“la Ley de Costas de 1988 y su Reglamento de ejecución no*

contienen una regulación específica ad hoc del supuesto de superposición y coexistencia de títulos concesionales sobre la misma porción del dominio público marítimo terrestre, mas lo cierto es que tampoco existe ningún precepto que excluya o prohíba tal posibilidad. Al contrario, el artículo 66 de la Ley puede interpretarse en el sentido de que permite tal hipótesis, cuando establece en su apartado 1º que “las concesiones se otorgarán sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los derechos preexistentes”, pues, en efecto, al amparo de este precepto cabría otorgar una segunda concesión sobre el mismo terreno demanial siempre y cuando de ello no se siguiera ningún menoscabo en los derechos del primer concesionario, esto es, siempre y cuando una y otra concesión fueran pacíficamente compatibles. También regula un supuesto de compatibilidad de aprovechamientos el artículo 71, que hace referencia a la divisibilidad de las concesiones otorgadas para una pluralidad de usos. Por mucho que ambos artículos de la Ley no se refieran concretamente al supuesto que ahora examinamos, su cita no deja de resultar oportuna en la medida que de ellos se desprende que la hipótesis de la superposición de títulos concesionales compatibles no se muestra radicalmente incompatible con el orden de principios de la Ley en torno a la utilización privativa del demanio marítimo-terrestre; y esta conclusión inicial se refuerza y consolida si examinamos la cuestión desde la consideración del significado y trascendencia jurídica del título concesional y del derecho que mediante el mismo se confiere”.

Señala el Tribunal Supremo que “a través del título concesional la Administración confiere al concesionario un haz de derechos y facultades teleológicamente ordenados, en cuanto que orientados al cumplimiento de un fin que se reputa idóneo para la satisfacción del uso general o servicio público al que los bienes demaniales están destinados (artículo 6 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas). No es, pues, la posición jurídica del concesionario equiparable a la propia del “dueño útil” de un bien inmueble que decide libremente sobre su destino económico en tanto la concesión esté vigente, sino que el despliegue operativo de su derecho concesional está condicionado por la normativa rectora del bien demanial concernido, por el clausulado del título concesional (en el que figura ante todo la plasmación del objeto de la ocupación del demanio, artículo 155 del Reglamento de ejecución de la Ley de Costas, aprobado por RD 1471/1989) y, en definitiva, por la satisfacción del interés público al que se orienta la concesión. Por eso, el concesionario no ostenta un derecho incondicionado de exclusividad de aprovechamiento del espacio físico sobre el que su concesión se asienta, sino que debe tolerar y franquear las actuaciones sobre el mismo espacio que no obstaculicen el normal desenvolvimiento de su concesión y por ende permitan satisfacer el interés general al que el demanio sirve en términos compatibles con el legítimo desenvolvimiento de la concesión preexistente. Que esto es así, es decir, que los títulos concesionales están supeditados al respeto de los fines de interés general que la demanialidad busca proteger, se desprende, respecto del régimen jurídico del dominio público marítimo terrestre, de lo regulado en la Ley 29/1988, de Costas, que en su artículo 2 establece que la actuación administrativa sobre el dominio público marítimo-terrestre procurará la utilización racional de estos bienes en términos acordes con su naturaleza y sus fines, y más adelante lleva la salvaguardia del interés público hasta el extremo de disponer, en su artículo 35.2, que la Administración no está

obligada a otorgar los títulos de utilización del dominio público marítimo-terrestre que se soliciten con arreglo a las determinaciones del plan o normas aprobadas, pudiendo ser denegadas por razones de interés público debidamente motivadas. Desde esta perspectiva, insistimos, ha de matizarse el derecho que asiste al concesionario de exigir que no se autoricen o concedan por la Administración otros aprovechamientos del bien demanial sobre el que asienta la concesión de la que es titular, pues no es ese un derecho que pueda ser invocado de forma apriorística e incondicionada. Podrá, sí, esgrimir válidamente su derecho y oponerse a los aprovechamientos proyectados en la medida que esos aprovechamientos sobrevenidos afecten desfavorablemente al normal desarrollo de su derecho concesional preexistente (en este sentido ha de interpretarse la previsión del precitado artículo 66 de la Ley de Costas cuando se refiere a la necesidad de garantizar los derechos preexistentes), pero no cuando el uso contemplado responde, asimismo, a una finalidad de interés público y además se revela compatible con el ya existente y por tanto inofensivo hacia el mismo, pues, si es así, no hay razones sólidas para rechazar la posibilidad del aprovechamiento compatible, en la medida que realmente no exista ninguna afección negativa sobre los derechos del primer concesionario y se cumpla la finalidad esencial de la gestión del dominio público, que es el servicio del interés general, el cual se satisface más y mejor si se abre la puerta a la permisión de una compatibilidad de usos del demanio que redunde en una mayor eficiencia económica de la explotación del bien concernido sin merma de la finalidad pública a que la demanialización del bien se vincula” (FJ 4º).

3.3. Tráfico jurídico privado de los derechos concesionales. Acto administrativo que autoriza la cesión a un tercero, mediante un contrato de cesión de uso, de un espacio portuario que le permite dedicar las instalaciones portuarias a un uso no previsto en la concesión inicial. Nulidad por no haberse tramitado un procedimiento directamente dirigido a modificar el objeto de la concesión al ser una modificación sustancial.

La **STS, Sec. 7ª, 18-12-2012 (Rc 3525/2010)** confirma en casación la STSJ de la Comunidad Valenciana que anuló la autorización de la Autoridad Portuaria de Alicante, por el que se aprueba la modificación sustancial de la concesión otorgada para la construcción y explotación de una terminal marítima en la zona sur del Puerto, que inicialmente se destinaba a tráfico de mercancías, con el objeto de instalar una planta de producción biodiésel en la terminal, e incorporar a las bases, condiciones y cláusulas que rigen la concesión las condiciones particulares en dicho acuerdo, entre ellas un aumento del volumen construido mayor del 10 % del autorizado en la concesión portuaria.

El tráfico jurídico privado de que es susceptible el conjunto de derechos que confiere al concesionario el título concesional demanial necesariamente ha de respetar la indemnidad del interés público subyacente en dicha concesión. La autorización para la instalación de una planta de producción de biodiésel en el dominio público marítimo sujeto a concesión administrativa, comportó la

modificación sustancial del objeto de la concesión otorgada, y la autorización así concedida lo fue sin haberse seguido el procedimiento legalmente establecido a tal efecto.

3.4. Posible indemnización por desahucio por recuperación de la posesión de terrenos de dominio público cedidos en precario. Tipos de precario. Precariedad de segundo grado que no lleva aparejada indemnización pues su resolución por posibles “necesidades aeroportuarias” era conocida desde el inicio.

La **STS, Sec. 4ª, 24-05-2013 (Rc 2384/2011)** confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso interpuesto contra la Resolución del Director General de Infraestructuras del Ministerio de Medio Ambiente de 2007, el desahucio de los terrenos de dominio público, de titularidad del Ministerio de Defensa, cedidos al Real Aero-Club de Santiago, 36 años atrás. Siendo parte AENA.

El desahucio se produce para recuperar la posesión bienes demaniales que se encontraban afectos al servicio aeroportuario aunque destinados a campo de golf; y ello tras la aprobación del Plan Director del Aeropuerto de Santiago en 2001 que contenía la necesaria ampliación del aeropuerto. Es posible resolver autorizaciones en precario, incluso aunque tuvieran condiciones establecidas y estas no se hubieran incumplido, siempre que se justifique que dicha resolución obedece a exigencias del interés público. Ello no excluye una posible indemnización, pudiendo distinguirse una precariedad de primer grado que lleva aparejada indemnización y otra de segundo grado que no comporta resarcimiento, y que la distinción entre una y otra depende de las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y de las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompañan a la acción revocatoria, siempre enjuiciable en conexión con la teoría general del negocio jurídico. En este caso, a pesar del tiempo transcurrido la situación no era de estabilidad y firmeza, si tenemos en cuenta que el acta de 1972 ya establecía que su situación era en precario y, en todo caso, pendiente, con un intenso grado de interinidad, de “las necesidades aeroportuarias”, es una precariedad de segundo grado, pues la causa no es sobrevenida sino que ya estaba expresamente mencionada en el acta citada y, por tanto, se conocía que el incremento de las necesidades aeroportuarias comportaría irremediabilmente la recuperación de los bienes.

3.5. Convenios urbanísticos de planeamiento con permuta de bienes públicos. Acreditación de la necesidad de la permuta, como excepción a la subasta, ya desde el convenio urbanístico que la prevé, aunque el expediente de permuta se inicie justo entonces.

En la **STS, Sec. 5ª, 18-10-2012 (Rc 2195/2010)** se confirma la STSJ de Castilla La Mancha que estimó el recurso y anuló un acuerdo de un

Ayuntamiento que aprobó definitivamente una modificación del Plan de Ordenación Municipal, ratificaba el Convenio Urbanístico al que se refiere la modificación y se autorizaba el inicio del expediente de permuta de los bienes incluidos en el referido Convenio Urbanístico; operación que pretendía obtener a cambio de los bienes públicos un aparcamiento público cubierto en el centro de la ciudad.

Es necesario justificar el valor que se otorga a los bienes permutados. Además, al ser la permuta una excepción a la regla general de subasta pública para la enajenación de los bienes inmuebles de las entidades locales, deben quedar precisadas y acreditadas las concretas razones que obliguen a utilizar la permuta, no ya como una conveniencia sino como una necesidad. Y en este caso, desde el propio Convenio Urbanístico que ya acuerda la enajenación de los bienes inmuebles de propiedad municipal sin esperar al expediente de permuta, pues ya en él se menciona “mediante permuta”, en este caso sin haberse justificado su necesidad.

3.6.- Posibilidad que la Comunidad Autónoma pueda efectuar por sí la declaración de bien de interés cultural de un inmueble sito en el dominio público marítimo terrestre, con imposición al Estado de unos deberes de conservación que afectan a la titularidad estatal del demanio. Competencias concurrentes sobre el mismo espacio físico. Falta de prueba judicial de la perturbación real en la competencia estatal.

En la **STS, Sec. 4ª 20-11-2012 (Rc 236/2012)** se confirma la sentencia del TSJ del País Vasco, 01/12/2011 RCA 786/2011 que desestimó el recurso de la Abogacía del Estado contra la Orden del Gobierno Vasco que declaración como Bien de Interés Cultural al Astillero de Lekeitio, y lo inscribe en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco, a pesar de la ubicación del bien en el dominio público marítimo terrestre, lo que conllevaría un régimen de protección que impone, por un lado, la conservación de la edificación y, por otro, asegurar su funcionalidad mediante obras que han de respetar los elementos tipológicos, formales, estructurales y constructivos de la edificación. Partiendo de los principios de colaboración y de respeto al ámbito propio competencial, se analizan los hechos, resultando que la Demarcación de Costas había presentado alegaciones en la tramitación del expediente, aludiendo a un interés en la protección del patrimonio vinculado a la costa, referido al edificio del Astillero, a lo que añadía que el bien a proteger se ubicaba sobre dominio público marítimo-terrestre, de titularidad estatal, bajo la tutela y gestión de la citada Administración. Sin ser esto decisivo, tampoco la titularidad dominical se erige en criterio de atribución competencial. Ni tampoco se habilitó ningún instrumento que permitiera la integración de los distintos títulos competenciales concurrentes sobre aquella misma realidad física (dominio público marítimo-terrestre y la materia de patrimonio cultural). El Estado al no reclamar la constitución de un instrumento de colaboración interadministrativo deja reducida la cuestión a la ponderación o prevalencia de los distintos intereses concurrentes como consecuencia de la inscripción del

Astillero en el Inventario. El Estado alegó su titularidad y que el desconocimiento de lo que comprende el ejercicio de la misma en relación a la conservación de los bienes integrantes de unas concesiones cercanas a extinguirse, al quedar de esta manera comprometida la facultad de optar entre mantener las instalaciones o acordar su retirada, contemplada en el artículo 72 de la Ley de Costas, pero dada la generalidad con la que se articuló el motivo, resulta insuficiente para acreditar la perturbación real en la competencia estatal con ocasión del mantenimiento del patrimonio cultural con cuya protección se mostraba en principio conforme.

4. Contratación administrativa

4.1. Diferencia entre nulidad del contrato y resolución. La indemnización en el caso de la nulidad no incluye, como lucro cesante, el beneficio industrial que deriva del contrato anulado.

La **STS, Sec. 7ª, 11-01-2013, (Rc 5082/2010)** ratifica la sentencia de instancia que rechazó la declaración de nulidad del contrato pretendida por la contratista. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo la nulidad del contrato significa una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos, y al estar afectado de un vicio especialmente grave, no debe producir efecto alguno, mientras que la resolución del contrato supone el ejercicio de una potestad o prerrogativa que el Legislador otorga a la Administración para dejar sin efecto unas obligaciones perfectamente válidas. Diferencia la Sala la invalidez y la resolución del contrato a las que el legislador ha querido dar una regulación diferenciada. La invalidez del contrato supone que la obligación no ha llegado a nacer válidamente y la resolución del contrato supone privar de efectos a una obligación válidamente nacida al mundo del Derecho. Por ello, sin negar que además del daño deban indemnizarse los perjuicios, y que estos sean diferenciables de aquellos, esa identificación y prueba no puede consistir en el lucro cesante ligado al incumplimiento de una obligación.

El TS declara, en síntesis, que *“cuando el artículo 1106 CC regula la indemnización de perjuicios lo hace en relación con el incumplimiento de las obligaciones, regulado en el artículo 1101, y como se ha razonado antes, el efecto del incumplimiento de una obligación y el efecto de la nulidad de un contrato, del que, en su caso, pudiera nacer una obligación, no son equiparables. De lo contrario, se llegaría a la situación paradójica de que desde el punto de vista de las obligaciones nacidas del contrato la anulación de éste y su validez generarían iguales efectos, pues si la anulación del contrato y en consecuencia la de las obligaciones derivadas del mismo, produce en cuanto a estos el efecto de establecer como indemnización por su incumplimiento el deber de abono del lucro cesante que se hubiese obtenido del cumplimiento de la obligación, a la postre la parte perjudicada por la anulación del contrato percibiría de la contraria el mismo beneficio que si el contrato hubiese sido válido; y ello sin la carga sinalagmática que representa para ella el cumplimiento de las prestaciones del contrato”*.

4.2. Uniones temporales de empresas (UTE's). Responsabilidad solidaria.

En la **STS, Sec. 7ª, 21-12-2012 (Rc 6586/2010)** la Sala descarta la incongruencia omisiva alegada ya que no se considera que la sentencia recurrida ignorara los hechos de la demanda ni eludiera pronunciarse sobre la invalidez de la actuación administrativa impugnada; simplemente les atribuye una valoración diferente a la de la demandante, ya que no estima que las divergencias existentes entre las sociedades integrantes de la UTE fueran razón bastante para negar la responsabilidad solidaria de sus integrantes en los incumplimientos contractuales en que hubiera podido incurrir la UTE. Asimismo, descarta la incongruencia interna invocada en el segundo motivo ya que no considera una conclusión ilógica la alcanzada por la sentencia recurrida, que, tras admitir la existencia de divergencias en las sociedades de la UTE, consideró que ello no supuso necesariamente que el gerente no actuara en beneficio común, ya que para la Sala el gerente fue nombrado de mutuo acuerdo y pudo haberse mantenido en el desempeño de sus funciones al margen de los enfrentamientos producidos entre las sociedades. Por último, la Sala, tras analizar los mecanismos previstos en la normativa para evitar que una UTE pueda causar disfunciones en la Administración -entre los que se encuentra el instituto de la responsabilidad solidaria-, considera que dicha responsabilidad no desaparece por las divergencias internas de sus sociedades, siendo irrelevantes las disensiones existentes ni que su gerente no tuviera un proceder correcto.

Dicha fórmula de la unión temporal permite el acceso a la contratación pública a empresas que no podrían hacerlo a título individual, pero al mismo tiempo lleva aparejada dos mecanismos que operan en un doble plano -externo e interno- y que evitan que los intereses públicos sean perjudicados: *“(I) la imposición de una representación única y común que canalice las comunicaciones de la unión temporal con la Administración a través de un único cauce o interlocutor; y (II) el instituto de la responsabilidad solidaria, que está dirigido a que, en caso de incumplimiento, la exigencia de la responsabilidad derivada del mismo por parte de la Administración no pueda verse afectada por las disensiones que puedan haber existido entre los integrantes de dicha unión temporal durante el tiempo que esta existió y actuó”*.

4.3. Inexistencia de derecho al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión. No consta que las alteraciones de obras invocadas fuesen impuestas por la Administración contratante; y tampoco se solicitó el reajuste del inicial plan económico-financiero acompañado con la proposición.

La **STS, Sec. 7ª, 03-12-2012 (Rca 577/2011)** declara no haber lugar al recurso de la concesionaria contra la resolución del Consejo de Ministros que desestimó la solicitud de abono de determinadas cantidades en concepto de mayores costes de explotación. Tratándose de un contrato de concesión de obra pública, el mecanismo legalmente previsto para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato no consiste en el reconocimiento al

concesionario de un necesario o invariable derecho a ser indemnizado en una suma económica que compense el posible desequilibrio producido, sino en que la Administración adopte medidas específicas para ese contrato. Respecto a las modificaciones de los trazados en el proyecto de obras, no solo no consta que la concesionaria no formulara protesta alguna cuando se le sugirieron las polémicas alteraciones de obra, sino que tampoco consta que recabara información a la Administración contratante sobre si venía o no obligada a esas alteraciones y sobre cuáles serían en su caso los términos de esa obligación y cuál la incidencia en su contrato. Tampoco consta que se llevaran a cabo las modificaciones citadas en virtud de imposiciones u órdenes efectuadas por la Administración contratante o que se solicitara una modificación del plan económico financiero del contrato que acogiera la incidencia señalada. Finalmente, se señala que la prueba pericial propuesta y practicada no es bastante para tener por acreditados los pretendidos sobrecostes.

4.4. Exclusión en el pliego de la revisión de precios. Prórroga concedida al contratista por causa no imputable al mismo y aumento del plazo de ejecución por encima de los doce meses.

La **STS, Sec. 7ª, 22-11-2011 (Rc 103/2009)** desestima el recurso de casación interpuesto por una entidad mercantil contra una sentencia de TSJ desestimatoria del recurso contencioso-administrativo promovido contra la resolución por la que se rechazó la revisión de precios solicitada así como el abono de saldo adicional de un 6% del presupuesto base de licitación. La Sala, tras señalar que la cuestión a resolver es la de si procede la revisión de precios reclamada, excluida expresamente en el pliego, atendida la circunstancia de que el plazo de ejecución del contrato superó los doce meses por haber sido prorrogado, a petición de la mercantil, por motivos no imputables a ésta, descarta su procedencia, ya que señala que el hecho de que la demora en el plazo de ejecución del contrato no fuera imputable al contratista no determina que le sea imputable a la Administración, y que la prórroga concedida a la contratista no supone la alteración del principio de que la ejecución del contrato se habrá de realizar a su riesgo y ventura. Asimismo incide en el hecho de que tal posibilidad de revisión quedó excluida en el pliego, sin que se aprecie oscuridad alguna en los términos en que tal exclusión se acordó.

4.5. Inactividad de la Administración. Falta de pago de certificaciones de obra, cuya deuda reconoce la Administración contratante. Aplicación de la medida cautelar establecida en el art. 200 bis de la Ley 30/2007: pago inmediato de la deuda.

La **STS, Sec. 7ª, 07-11-2012 (Rc 1085/2011)** anula unos autos del TSJ de la Comunidad Valenciana acordando como medida cautelar el inmediato pago por la Generalidad Valenciana de la suma reclamada. El Alto Tribunal se centra en la aplicabilidad al caso del art. 200 bis de la Ley de Contratos del Sector Público, añadido por la Ley 15/2010, de 5 de julio, que contempla una medida cautelar especial. A este respecto, la DT Primera de la Ley 15/2010 señala que la misma será de aplicación a todos los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor. Partiendo de la necesaria distinción entre

normas sustantivas y procesales, se observa que el art. 200 bis se refiere a la formulación de recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, y dentro de él a la regulación de una singular medida cautelar, de manera que regula un procedimiento jurisdiccional, lo cual no impide su aplicación, como tal tramitación procesal, a la reclamación de obligaciones surgidas en contratos anteriores. La interpretación se considera conforme con el derecho a la tutela judicial cautelar efectiva, toda vez que *“carecería de justificación constitucional que una medida cautelar como la que nos ocupa solo pueda beneficiar a unos determinados titulares de ese derecho y no a otros. De interpretar la transitoria como la han interpretado los autos recurridos, resultaría que a procesos en reclamación de la inactividad de la Administración iniciados todos con posterioridad a la vigencia de la Ley; esto es, procesos todos con un mismo objeto, e igualmente posteriores a la vigencia de la Ley (...), como es el que aquí nos ocupa, la medida jurisdiccional establecida en la Ley sería aplicable a unos (aquellos en los que la inactividad contra la que se reclama traiga su causa de contratos anteriores a la ley, en los que precisamente por ello la inactividad resulta de mayor gravedad por su mayor persistencia a ella). Habría así una diferencia de situaciones iguales, y ello en el marco de un derecho fundamental, como es el de la tutela judicial efectiva, carente de justificación objetiva y razonable y proporcionada al fin (...) y por tanto constitucionalmente inaceptable”*.

4.6. En el pliego de cláusulas administrativas particulares no se contemplan como mejoras valorables las que el informe técnico que sirve de fundamento a la adjudicación del concurso introduce de forma sorpresiva.

La **STS, Sec. 7ª, 11-10-2012 (Rc 3253/2009)** recuerda que la facultad de la Administración de adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa constituye el ejercicio de una potestad discrecional, siempre sujeta a los criterios objetivos previamente establecidos en el pliego, que vincula a ambas partes. Pero el TS matiza que una cosa es el margen de discrecionalidad del que goza la Administración para considerar la oferta más ventajosa, y otra diferente la introducción en el informe técnico de criterios que no estaban contemplados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. En el caso de autos, una vez presentadas las ofertas, y a la vista de las mejoras presentadas, se incorporaron criterios que no estaban previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y que alteraron el peso de los inicialmente contemplados. Lo cierto es que, al actuar así, se quebró la igualdad de condiciones en la que han de concurrir los licitadores a partir de los criterios objetivos y públicos contenidos en el Pliego.

5. Corporaciones de derecho público

5.1. Confección de la lista de Peritos que anualmente ha de realizarse para que actúen en Juzgados y Tribunales. Tratándose de profesiones que no exigen titulación de colegiación obligatoria puede acudir simultáneamente a los Colegios Oficiales y a otras entidades profesionales.

La **STS, Sec. 7ª, 26-07-2012 (Rca 510/2000)** resuelve el problema consistente en si, como pretendía el Colegio oficial recurrente, para la elaboración de la lista de peritos a que hace referencia el artículo 341 de la LEC tienen preferencia absoluta los Colegios profesionales aun en el caso de que se trate de pericias que no exijan titulación oficial ni colegiación obligatoria, y en términos tales que únicamente podrá acudir a otras entidades en defecto de tales Colegios. La respuesta que da la Sala a esta cuestión es que de acuerdo con el referido artículo 341, resulta conforme a derecho que tratándose de profesiones que no exigen titulación de colegiación obligatoria, se acuda simultáneamente a los Colegios Oficiales y a otras entidades profesionales. Argumenta el Tribunal, primero, que esta interpretación es la más conforme con la normativa comunitaria sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio; y segundo, que la existencia de un colegio que agrupe voluntariamente a titulados que puedan ejercer de modo no excluyente una actividad no puede ser un muro que excluya esa misma actividad a otros profesionales que legalmente estén habilitados para su ejercicio.

5.2. El Comité Nacional de Competición y Disciplina Deportiva de la Real Federación Española de Ciclismo ejerce en competiciones como la “Vuelta Ciclista a España” una función pública de carácter administrativo cuando impone una sanción por dopaje detectado en ellas. Por tanto, su resolución es recurrible en vía administrativa ante el Comité Español de Disciplina Deportiva. Y la de éste es impugnabile ante este orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La **STS, Sec. 4ª, 11-12-2012, (Rc 4569/2011)** declara que las Federaciones Deportivas Españolas son Entidades privadas con personalidad jurídica propia (art. 30.1 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte; LD en lo sucesivo) que, además de sus propias atribuciones (como son, a tenor del art. 3.1 del Real Decreto 1835/1991, las de gobierno, administración, gestión, organización y reglamentación de las especialidades deportivas que corresponden a cada una de sus modalidades deportivas), ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración pública (art. 30.2 LD), bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes (art. 33.1 LD). Sobre esta base, entiende el Tribunal Supremo que la potestad disciplinaria por parte de las Federaciones deportivas españolas no se limita a la actividad deportiva que se desarrolla en el territorio de nuestro Estado, sino que se mantiene aunque se trate de una competición internacional, si el presunto hecho infractor acaece en ese territorio

6. Derecho administrativo económico

6.1. Plazo de prescripción de las sanciones. Interpretación del artículo 132.3 de la LRJAP-PAC.

En la STS, Sec. 3ª, de 20-12-2012 (Rc 3495/2009) el TS estimó un recurso de casación contra una sentencia desestimatoria de un recurso contencioso administrativo contra un acto ejecutivo por el que la Administración pretendía cobrar el importe de una multa, rebasado el plazo para su ejecución forzosa. En el caso de autos, la sanción había sido confirmada tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo sin que, en tales procesos, se hubiera otorgado la suspensión.

Esta sentencia aborda la cuestión de la prescripción de las sanciones firmes en vía administrativa e interpreta el concepto de “firmeza” de los actos administrativos a efectos del artículo 132.3 de la Ley 30/1992 entendiendo que la firmeza de los actos administrativos es la que se produce en vía administrativa y que este efecto se produce incluso en el supuesto de que los actos administrativos sean objeto de impugnación jurisdiccional y solo se exceptúa hasta que el juez haya resuelto la petición cautelar de suspensión o en el caso de que esta suspensión sea concedida. A partir de que los actos administrativos ganan firmeza es cuando comienza a computarse el plazo de prescripción de la acción administrativa para exigir su ejecución forzosa.

6.2. Libertad de establecimiento. Grandes empresas de distribución. Contravención del derecho comunitario.

La STS, Sec. 3ª, 15-02-2013 (Rc 4484/2009) estima el recurso de casación interpuesto por la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución por vulnerar la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 TCE (actual artículo 49 TFUE) y anula los apartados 4 del artículo 31 y apartado 2 del artículo 33 del Decreto 378/2006, de 10 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 18/2005, de 27 de diciembre de equipamientos comerciales”. La sentencia considera que las medidas previstas en los preceptos anulados constituyen un límite o una restricción a la libertad de establecimiento en cuanto establecen unas cuotas de mercado máximas cuya superación determina que el informe sobre el grado de implantación comercial tenga carácter desfavorable y, con ello, la denegación de la licencia comercial solicitada para la apertura de grandes y medianos establecimientos.

La sentencia se fundamenta en la sentencia del TUE de 21 de marzo de 2011 (de carácter vinculante, al tener por objeto la interpretación de Derecho Comunitario) dictada en el asunto 400/08 en la que, resolviendo una demanda de la Comisión Europea frente al Reino de España declaró la existencia de un infracción de la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 TCE “*al interpretarlo y aplicarlo de manera incorrecta y la Jurisprudencia que lo ha interpretado*”. Para el TUE, si bien los Estados Miembros pueden establecer límites a la libertad de establecimiento, las consideraciones de carácter meramente económico “*no pueden constituir, con arreglo a la constante jurisprudencia, una razón imperiosa de interés general*”.

6.3. Televisión. Emisión de programas susceptibles de afectar al desarrollo físico, mental y moral de los menores.

En la **STS, Sec. 3ª, 26-02-2013 (RC 2469/2010)** el TS estimó un recurso por considerar que se habría infringido el principio de tipicidad al haberse impuesto dos sanciones por una única infracción. La infracción sobre la que versó el recurso era la prevista en el artículo 17.2 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva. El citado precepto tipifica la emisión de “programas susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental y moral de los menores”. La Sala estimó el recurso por entender que no cabe imponer al operador de televisión dos sanciones por la emisión de distintos contenidos, todos ellos en el desarrollo un único programa y que en tal situación, procedería, en todo caso, la imposición de una única sanción.

6.4. Defensa de la competencia. Abuso de posición de dominio. Disposición al arbitraje.

La **STS, Sec. 3ª, de 19/03/2013 (RC 2125/2009)** desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual AGEDI contra la sentencia de 5 de febrero de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) en el recurso número 378/2006 que había confirmado una sanción de la Comisión Nacional de la Competencia contra la mencionada entidad de gestión por una práctica de abuso de posición dominante debida al establecimiento de tarifas discriminatorias entre diferentes operadores televisivos que competían entre sí.

En su recurso de casación, AGEDI había manifestado que su disposición a someterse al arbitraje de la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual equivale a la renuncia de las ventajas que configuran la posición de dominio. Para la Sala, la “disposición” al arbitraje, no equivale de suyo a renunciar a las ventajas que configuran la posición de dominio, pues tal disposición no puede ser analizada al margen del resto de los hechos declarados probados como son “*el carácter marcada e injustificadamente discriminatorio y excesivo de las tarifas generales que AGEDI pretendía cobrar a los operadores privados (...) en comparación con las que ella misma cobraba al operador público Televisión Española*” y “*el ocultamiento de la existencia de las condiciones aplicables a este último*”. La sentencia considera que la privilegiada posición de la entidad de gestión lleva aparejado un especial deber de transparencia sobre los contratos firmados con otros operadores y que en el presente caso la disposición al arbitraje se había realizado a partir de unas ofertas que ya estaban viciadas de origen debido a la falta de transparencia de la entidad de gestión.

6.5. Defensa de la competencia. Acuerdos prohibidos. Existencia de amparo legal.

La STS, Sec. 3ª, 20-03-2013 (Rc 4111/2009) desestima un recurso de casación interpuesto por la Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 2009 que desestimó el recurso contencioso-administrativo contra dos resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia que habían declarado el sobreseimiento del expediente sancionador incoado contra Consejo General del Notariado por supuestas prácticas anticompetitivas consistentes en un reparto del mercado de escrituras públicas en el proceso de enajenación de viviendas titularidad del Ministerio de Defensa.

La sentencia comienza por considerar que a los notarios se les ha de considerar “operadores económicos” y, en consecuencia, están sujetos a las normas sobre libre competencia, como ya declaró el TS en reiteradas sentencias (las de 2 de junio de 2009 y de 26 de abril de 2010, dictadas en los recursos de casación números 5763/2006 y 3359/2007).

Ahora bien, considera la Sala que, en el presente caso, no puede calificarse de restrictiva de la competencia la conducta enjuiciada, toda vez que la existencia del mencionado turno se encontraba prevista en una norma vigente, concretamente en el artículo 128 del Reglamento Notarial por lo que entendió que la denunciada conducta gozaba de amparo normativo.

6.6. Defensa de la Competencia. Abuso de posición de dominio. Precios excesivos.

En la STS, Sec. 3ª, 29-05-2013 (Rc 1312/2010) la Sala desestima el recurso de casación interpuesto por Canarias de Explosivos, S.A. relativo a una sanción por abuso de posición dominante consistente en la fijación de precios inequitativos desde una posición de dominio. La Sala comparte el criterio de la Comisión Nacional de la Competencia confirmado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional sobre el carácter abusivo de la conducta de la empresa sancionada, que había fijado unos precios manifiestamente desproporcionados en relación con los costes que resultaban ser un 200% más elevados que en el resto de la Península sin justificación razonable. La sentencia afirma que la CNC ha empleado en el enjuiciamiento de esta conducta los parámetros admitidos por la jurisprudencia comunitaria para valorar esta clase de conductas: determinación de los costes o la comparación con otros precios del mismo producto en situaciones de competencia, o en otros mercados geográficos, o para otros períodos de

tiempo, sin que la empresa imputada hubiera aportado argumentos de peso para justificar el carácter excesivo de los precios.

Con todo, la sentencia acepta la afirmación de la recurrente sobre la existencia de ciertas reservas frente a la utilización de este tipo sancionador para evitar que se convierta en un mecanismo de “control sistemático de los precios”, *“lo cual no impide que, ante denuncias de abusos efectivos y concretos, las autoridades de la defensa de la competencia deban inhibirse (...) Si es legítimo que, desde otros puntos de vista se ponga en duda la conveniencia de mantener esta figura, auspiciando que la encomienda del “control de precios” debería quedar limitada tan solo a las autoridades regularias (creadas precisamente para contrarrestar la fuerza de los monopolios preexistentes), lo cierto es que, en el catálogo de infracciones sancionables, (...) subsiste esta categoría de abusos como ilícitos anticoncurrenciales.*

6.7. Las Administraciones Públicas como destinatarias del Derecho de la competencia.

El TS en la **STS, Sec. 3ª, 14-06-2013 (Rc 3282/2010)** desestima un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca contra una sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que había considerado conforme a Derecho la sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia al Ayuntamiento de Palma de Mallorca por abuso de posición dominante al haber obstaculizado la competencia en el mercado de servicios funerarios. La Sala considera que la conducta del Ayuntamiento se había producido no en virtud de sus atribuciones de *imperium*, sino en su calidad de operador económico, pues intervenía en el mercado a través de una empresa de servicios funerarios de titularidad municipal.

El interés de esta sentencia reside en unas consideraciones, a modo de *obiter*, en las que el TS declara que la Comisión Nacional de la Competencia carece de potestades para declarar nulos los actos y disposiciones administrativas contrarios a la libre competencia. En tal caso, deberá impugnarlos ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa haciendo uso de la legitimación prevista legalmente cuando considere que, de aquellos actos administrativos, se deriva algún *“obstáculo al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”*. Esta conclusión se ve abonada por dos consideraciones: que los actos y disposiciones administrativos gozan de presunción de validez y que a la CNC se le reconoce legitimación activa ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que este es el cauce adecuado para poner fin a los actos de las Administraciones Públicas que resulten contrarios a la libre competencia.

7. Derechos fundamentales y libertades publicas

7.1. Libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE).

7.1.1. Velo islámico integral. Constituye una manifestación del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa. La prohibición/ limitación de su ejercicio exige constitucionalmente la existencia de una Ley. Incompetencia de los Ayuntamientos para prohibir su utilización.

En la **STS, Sec. 7ª, 14-02-2013 (Rc 4118/2011)** la Sala Tercera estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia desestimatoria del recurso formulado contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida que aprobó definitivamente la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia e inicialmente la de los Reglamentos que regulan el Archivo municipal, el servicio de transporte urbano de pasajeros y el de funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales municipales, que prohíben el acceso o permanencia en espacios y locales municipales a las personas que porten velo integral. Declara el Alto Tribunal que siendo el uso del velo integral una manifestación de ejercicio de libertad religiosa, el establecimiento de cualquier limitación a su ejercicio exige indeclinablemente la existencia de una ley previa. Apreciada su inexistencia en este caso, así como la imposibilidad de su sustitución por las posibilidades normadoras de las Ordenanzas Municipales, concluye que la prohibición establecida al respecto en la Ordenanza Municipal citada y en los Reglamentos que regulan el Archivo Municipal y el funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales municipales vulnera el derecho fundamental examinado.

Por el contrario rechaza la Sala que la exigencia establecida en el Reglamento municipal de Servicio de Transportes Urbanos de Viajeros de Lleida, de identificación de los beneficiarios de títulos de transporte con tarifas especiales, infrinja ese mismo derecho fundamental pues no impide el uso del velo integral, sino que se limita a controlar el uso de un beneficio al que la portadora del mismo se acoge libremente.

7.1.2. Retirada del “Cristo de Monteagudo”. La presencia de símbolos de carácter religioso en lugares públicos no vulnera la aconfesionalidad del Estado y consiguiente deber de neutralidad e imparcialidad de los poderes públicos en el ámbito de la libertad religiosa, cuando con independencia de su origen religioso, son percibidos en el momento actual como signos culturales, identitarios y resultado de una convención social.

En la **STS, Sec. 7ª, 04-03-2013 (Rc 4280/2011)** la Sala Tercera rechaza el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que desestimó el recurso formulado contra la desestimación presunta de la solicitud de retirada del “Cristo de Monteagudo” ubicado en el castillo, de titularidad pública, del mismo nombre, al considerar que su presencia no vulnera la aconfesionalidad del Estado. Recuerda la Sala, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 34/2011, que en estos casos ha de tomarse en consideración no tanto el origen

del signo o símbolo como su percepción en el tiempo presente. Considera la Sala que el símbolo controvertido «*es un monumento que, además de constituir un símbolo religioso propio del catolicismo, forma parte de la tradición cultural de Murcia y de su entorno, tratándose de un símbolo profundamente arraigado en aquella población, porque así lo ha considerado el consenso social*» (FD 2º), y rechaza por ello que se pueda entender que su presencia compromete la aconfesionalidad del Estado ni su neutralidad, al primar en definitiva la tradición cultural del símbolo sobre su connotación religiosa.

7.1.3. Asignatura Educación para la Ciudadanía. Principio de neutralidad ideológica de los poderes públicos. Análisis sobre el carácter adoctrinador del libro de texto empleado para su impartición. Derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).

En la **STS, Sec. 7ª, 12-11-2012 (Rc 6856/2010)** la Sala Tercera estima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal contra la sentencia que estimando parcialmente el recurso deducido en la instancia, declaró el carácter adoctrinador del concreto libro de texto utilizado para la enseñanza de la asignatura “Educación para la Ciudadanía”, en el curso tercero de ESO de un determinado centro público, y en consecuencia el derecho del hijo menor de los recurrentes a no asistir a las clases de la asignatura, ni ser evaluado mientras se impartiera con el citado manual. Recuerda la Sala que «*el ordenamiento jurídico no reconoce el derecho a la objeción de conciencia frente a la enseñanza de una determinada materia escolar ni siquiera en el caso de que el material utilizado sea considerado, como en este caso lo considera la sentencia recurrida, adoctrinador*» (FD 14º). Afirma el Tribunal que la solución ante tal supuesto no puede ser en ningún caso la exención de los alumnos de asistir a clase y ser evaluados de una materia integrada en los planes de estudio, cuya conformidad al ordenamiento jurídico ha sido además expresamente declarada por el Tribunal Supremo, sino la retirada del libro o cualquier otra medida que subsane el defecto constatado. Añade el Alto Tribunal que «*(...) declarar el carácter adoctrinador de un libro de texto pensado para y dedicado a la educación de menores es una imputación gravísima pues implica, ni más ni menos, que manipula sus conciencias. De ahí que a tal pronunciamiento solamente se pueda llegar cuando sea evidente tal naturaleza. (...) Es imprescindible, pues, que el propósito adoctrinador se plasme en el libro, que tenga una presencia, diríamos, objetiva, perceptible sin duda alguna en él*» y excluye expresamente que «*Exponer ordenadamente hechos, concepciones, actitudes*» (FD 14º) sea adoctrinar.

7.2. Derecho de participación en los asuntos públicos (art. 23 CE). Derecho de los parlamentarios a obtener información en el ejercicio de sus cargos. Obligación de la Administración de motivar las razones que impiden facilitar la información solicitada.

En la **STS, Sec. 7ª, 28-09-2012 (Rc 3283/2010)** la Sala desestima el recurso de casación interpuesto por la Diputación Foral de Álava contra la sentencia que estimó el recurso deducido por un Procurador de las Juntas Generales de Álava contra la negativa de la citada Diputación a proporcionarle la información por él solicitada, por vulneración del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos reconocido en el artículo 23 de la Constitución. Recuerda la Sala que el indicado derecho *«es un derecho de configuración legal en el sentido de que compete a los Reglamentos parlamentarios fijar y ordenar los derechos y atribuciones que a los parlamentarios corresponden»* (FD 3º), siendo en este caso la Norma Foral de 20.12.1984 la que cumple ese papel de ley configuradora del derecho de participación política e impone a la Diputación el deber de motivar por escrito las razones que impidan facilitar la información solicitada, lo que aquí no ha hecho.

En la **STS, Sec. 7ª, 25-02-2013 (Rc 4268/2011)** la Sala desestima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana contra la sentencia que estimando el recurso formulado por dos Diputados de las Cortes Valencianas, declaró contraria al derecho fundamental de participación consagrado en el artículo 23 de la Constitución la actuación impugnada y condenó a la Administración a facilitarles la relación de los contratos administrativos menores suscritos entre 2003 y 2008 por las distintas Consejerías y determinadas empresas que aquéllos solicitaron. Afirma la Sala que *«el derecho a la información de los parlamentarios, junto a los otros que guardan relación con el desempeño de su función, se integra en el contenido del que reconoce el artículo 23.2 de la Constitución a permanecer en los cargos públicos representativos»* y que tal derecho *«susceptible de ser tutelado en amparo (...) encuentra su fundamento en el apartado primero de ese precepto constitucional ya que el de los representantes descansa en el derecho de los ciudadanos a participar en la política a través de ellos»* (FD 6º). Añade, sin embargo, que el mencionado derecho de los parlamentarios no es ilimitado y que *«únicamente de ser fundada en Derecho la razón dada para no facilitar la información pedida podría ser compatible con ese derecho fundamental la negativa gubernamental»* (FD 6º). Sostiene la Sala Tercera que *«el secreto sumarial alegado en términos bien indeterminados no es razón que justifique la negativa a facilitar datos de unos contratos administrativos que nada dicen del proceso penal pues son previos a él y, ciertamente, no tienen por sí mismos carácter secreto sino todo lo contrario»* (FD 7º), y concluye por todo ello que la negativa a facilitar la información solicitada no constituye en este caso una razón fundada en derecho y vulnera el derecho fundamental examinado.

7.3. Derecho fundamental de sufragio pasivo (artículo 23.2 CE). Elecciones Autonómicas Catalanas. La exigencia de los avales establecidos en el artículo 169.3 LOREG para la presentación de candidaturas no lo vulnera en cuanto resulta del articulado del propio Estatuto de Autonomía de Cataluña.

En la **STS, Sec. 7ª, 28-02-2013 (Rca 530/2012)** la Sala Tercera desestima el recurso interpuesto por un partido político, contra el Acuerdo de la Junta Electoral Central que entiende aplicable para las elecciones al Parlamento de Cataluña el requisito de presentación de avales previsto para las elecciones al Congreso de los Diputados y el Senado en el artículo 169.3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG), en la redacción otorgada por la Ley Orgánica 2/2011, de 8 de enero. El Alto Tribunal recuerda que la sentencia del Tribunal Constitucional 163/2011, de 2 de noviembre, ha afirmado la constitucionalidad del precepto en las elecciones generales al Congreso y al Senado. Y concluye que tal precepto resulta también aplicable de forma directa al proceso electoral al Parlamento catalán, por disposición expresa del propio Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 (Disposición Transitoria cuarta, apartado 5, de la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, mantenida en vigor por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del citado Estatuto), que establece el reenvío a las normas estatales vigentes para las elecciones legislativas al Congreso de los Diputados hasta la aprobación de la Ley autonómica que regule el procedimiento para las elecciones al Parlamento catalán que contempla el artículo 56.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña del año 2006.

7.4. Derecho a la legalidad y tipicidad sancionadora (artículo 25.1 CE). Infracción tributaria prevista en el artículo 201 LGT: falso empresario que, acogido al régimen de estimación objetiva, había simulado actividad económica emitiendo facturas falsas sin contraprestación real (“fraude de moduleros”).

En la **STS, Sec. 7ª, 22-03-2013 (Rc 3785/2011)** la Sala Tercera desestima el recurso casación interpuesto contra la sentencia que confirmó la sanción administrativa impuesta al recurrente por la comisión de la infracción tributaria prevista en el artículo 201 LGT. Afirma la Sala que, pese a la confusión en que puede incurrir el término “falso empresario” utilizado por la resolución sancionadora, la conducta del recurrente --quien adquirió la condición de empresario exclusivamente para emitir facturas falsas contra otro empresario para el que trabajaba (“fraude de moduleros”)-- está tipificada en el citado artículo 201 de la LGT y, por tanto, no existe vulneración del artículo 25 de la Constitución.

La sentencia contiene el voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.

7.5. Derecho fundamental de libertad sindical (artículo 28 CE). Real Decreto 1698/2011, de 11 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. La limitación a los sindicatos más representativos a nivel estatal de la iniciativa para incoar la fase

previa del procedimiento; la recepción de los estudios e informes y la comunicación sobre la necesidad de modificar las condiciones de trabajo, establecida en sus artículos 10 b) y 11, apartados 4 y 5, resulta contraria al derecho fundamental citado, en relación con el principio de igualdad.

En la **STS, Sec. 7ª, 22-10-2012 (Rca 816/2011)** la Sala Tercera estimando el recurso contencioso- administrativo interpuesto por un sindicato contra el Real Decreto 1698/2011, de 11 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, declara la nulidad del inciso “más representativos a nivel estatal” de los artículos 10 b) y 11.4 y 5. Considera la Sala que la reserva a las organizaciones sindicales más representativas de la iniciativa, intervención y participación en el citado procedimiento es contraria al derecho a la libertad sindical y al principio de igualdad pues razona que en este caso « (...) *no estamos ante un supuesto de los que integran la llamada representación o participación institucional que la legislación y la jurisprudencia vinculan a la mayor representatividad de los sindicatos*», sino que « (...) *La cuestión debatida (...) se halla más próxima a aquellos otros relacionados con la intervención sindical en la formación continuada de los trabajadores mediante su acceso a subvenciones dirigidas a ese fin o en la gestión de residencias de descanso [sentencia de 13 de junio de 2005 (casación 6170/2000)], ámbitos estos en los que venimos afirmando que no es acorde con los derechos a la libertad sindical y a la igualdad reservarlos a los que tienen la condición de más representativos de acuerdo con la Ley Orgánica 11/1985 [sentencia de 16 de julio de 2012 (casación 2457/2011) y las que en ella se citan]*» (FD 7º). El Alto Tribunal, tras analizar las circunstancias concurrentes, añade que la limitación de la iniciativa « (...) *sí puede incidir (...) en la competición sindical induciendo a la afiliación a las organizaciones que poseen el requisito controvertido*», y que « (...) *carece de una justificación objetiva y razonable*» (FD 7º).

8. Expropiación forzosa

8.1. El artículo 34 LEF no impide que el Jurado interese antes de su acuerdo valorativo informes complementarios sin necesidad de dar audiencia a los interesados. Lo que exige el artículo 34 de la Ley de Expropiación Forzosa es que se tengan en cuenta las hojas de justiprecio.

En la **STS, Sec. 6ª, 13-03-2013 (Rc 4691/2010)** la Sala desestima el motivo por considerar que el artículo citado como infringido no impide que el Jurado interese antes de su acuerdo valorativo informes complementarios sin posterior necesidad de audiencia. Lo que exige el artículo 34 de la Ley de Expropiación Forzosa es que se tengan en cuenta las hojas de justiprecio.

Además, cuando la “ratio decidendi” de la sentencia descansa en las escrituras aportadas por la interesada en su hoja de aprecio, se demuestra que el motivo examinado tiene un alcance meramente formal, por lo que si la resolución del Jurado no descansa en la documentación remitida por el Ayuntamiento y sí en la aportada por la expropiada, mal puede apreciarse indefensión y, en consecuencia, la nulidad demandada.

8.2. Vinculación con la hoja de aprecio. No alcanza al aprovechamiento urbanístico ya que no tiene sustantividad propia a efectos valorativos para considerarlo concepto indemnizable.

En la **STS, Sec. 6ª, 03-05-2013 (Rc 3393/2010)** la Sala estima el recurso por entender que el aprovechamiento urbanístico no tiene sustantividad propia a efectos valorativos para considerarlo concepto indemnizable, pues no se trata propiamente de un bien o derecho, ni tampoco de un interés patrimonial legítimo susceptible de ser indemnizado de forma autónoma pues el aprovechamiento urbanístico desde la perspectiva patrimonial está siempre vinculado a un suelo determinado al que proporciona un mayor o menor valor. Desde esta perspectiva, que es la que interesa a los efectos del justiprecio, constituye un elemento normativo de cálculo del valor del suelo expropiado en los casos en los que esté clasificado como urbanizable o urbano, como también son elementos de cálculo el valor de repercusión o los costes de urbanización, cuya fórmula de determinación es variable y difícil de precisar en numerosas ocasiones. La vinculación que se deriva de la propuesta contenida en la hoja de aprecio no alcanza a esos elementos de cálculo que pueda utilizar la parte para determinar el valor del bien o derecho expropiado en la cantidad que reclama, ya que tales elementos cumplen una función de justificación de la valoración pero no constituyen por sí mismos una valoración del bien expropiado

8.3. Expropiación y ejercicio de la potestad de planeamiento. La valoración de la privación de los derechos a expropiar, son cuestiones ajenas al ejercicio de la potestad de planeamiento y en modo alguno pueden imponerse a las previsiones de ordenación.

En la **STS, Sec. 6ª, 09/05/2013, RC 3983/2010**, la Sala desestima el motivo por entender que las Disposiciones Generales, y en particular los planes urbanísticos, pueden proyectar consecuencias en determinados actos administrativos particulares, o, como es el caso, incidir en una concesión, cuyo contenido, por otra parte, en ningún caso es inmutable, sin que pueda pretenderse la declaración de no ser conforme a Derecho un instrumento de ordenación porque las previsiones que contiene no sean armónicas con el pliego de cláusulas administrativas por el que se rigió la adjudicación y con el principio de equilibrio financiero exigible en el ámbito concesional. Si se producen esas consecuencias, el eventual restablecimiento del equilibrio o, en su caso, la valoración de la privación de los derechos a expropiar, son cuestiones ajenas al ejercicio de la potestad de planeamiento y en modo

alguno pueden imponerse a las previsiones de ordenación, ni resultan aplicables los preceptos citados como infringidos. En todo caso, no resultan aplicables al caso las obligaciones derivadas de los contratos. En definitiva, la particular situación jurídica derivada de la concesión no constituye un límite al ejercicio del *ius variandi* ni, por lo tanto, a la potestad de planeamiento.

8.4. Modificación de la clasificación del suelo por aprobación de un proyecto supramunicipal. La aprobación de un Proyecto Supramunicipal no conlleva la modificación de la clasificación del suelo afectado por el mismo.

En la **STS, Sec, 6ª, 19-12-2012 (Rc 1205/2010)** la Sala estima el recurso por entender que la premisa de la que parte la Sentencia recurrida, esto es, que la mera aprobación del Proyecto Supramunicipal cambia la clasificación inicial del suelo no urbanizable genérico, no puede ser aceptada en los términos citados, y ello deriva de la propia naturaleza de los Proyectos Supramunicipales, que no pueden sustituir al Plan General como instrumento de ordenación, por lo que no pueden clasificar suelo, siendo, en el presente caso, precisamente el Proyecto Supramunicipal el instrumento necesario para producirse la declaración de interés supramunicipal que permite la expropiación de los terrenos y mediante el cual podrá autorizarse la urbanización. Por todo ello, debe entenderse que debe valorarse el suelo, en atención a las solas circunstancias señaladas con anterioridad, conforme su clasificación urbanística de suelo no urbanizable genérico.

8.5. Suelo urbano consolidado y gastos de urbanización. El suelo consolidado por la urbanización no puede degradarse a suelo no consolidado por la realización de obras de transformación urbanística.

En la **STS, Sec. 6ª, 04-03-2013 (RC 3629/2010)** la Sala procede a estimar el recurso de acuerdo con la línea jurisprudencial mayoritaria, y hoy ya única, representada por sentencias de 23 de septiembre de 2008 (recurso 4731/04), 26 de marzo de 2010 (recurso 1382/06), 21 de julio de 2011 (recurso 201/08) y 15 de junio de 2012 (recurso 2130/09), que defiende que el suelo consolidado por la urbanización no puede degradarse a suelo no consolidado por la realización de obras de transformación urbanística, por entender que *no resulta admisible "... que unos terrenos que indubitadamente cuentan, no sólo con los servicios exigibles para su consideración como suelo urbano, sino también con los de pavimentación de calzada, encintado de aceras y alumbrado público, y que están plenamente consolidados por la edificación, pierdan la consideración de suelo urbano consolidado, pasando a tener la de suelo urbano no consolidado, por la sola circunstancia de que el nuevo planeamiento contemple para ellos una determinada transformación urbanística. Y ello porque, como la propia sentencia señala, "...Tal degradación en la categorización del terreno por la sola alteración del planeamiento, además de resultar ajena a la realidad de las cosas, produciría consecuencias*

difícilmente compatibles con el principio de equidistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento, principio éste que, según la normativa básica (artículo 5 de la Ley 6/1998), las leyes deben garantizar.

8.6. Valoración por el método de comparación del artículo 26 de la Ley 6/98. Concepto de fincas análogas. Deben entenderse aquéllas que se hallan en la misma zona, que tienen dimensiones y aprovechamientos similares y, por supuesto, que se hallan sometidas a idéntico régimen urbanístico.

En la **STS, Sec. 6ª, 07/05/2013 (Rc 5940/2010)** la Sala desestima el motivo en base a que por “fincas análogas” deben entenderse aquéllas que se hallan en la misma zona, que tienen dimensiones y aprovechamientos similares y, por supuesto, que se hallan sometidas a idéntico régimen urbanístico y que la analogía exige, además, que las compraventas no hayan tenido lugar mucho tiempo antes de la expropiación, pues en ese caso habrían podido verse alteradas las circunstancias del mercado. Ahora bien, una vez recordado lo obvio, no es ocioso añadir que el art. 26 LSV no exige necesariamente que esas fincas análogas sean las contempladas en escrituras de compraventa recientes; es decir, el mencionado precepto legal no excluye que el valor de fincas análogas sea establecido por otros medios, siempre que se trate de un valor calculado con elementos objetivos de comparación.

8.7. Expectativas urbanísticas. Procedencia de la valoración de las expectativas urbanísticas a través de la media aritmética entre el valor unitario obtenido por el método objetivo y el valor obtenido por el Jurado y reducción del resultado en un 50%.

En la **STS, Sec. 6º, 06-05-2013 (Rc 3985/2010)** la Sala desestima el recurso por encontrar correcto el modo de valorarse las expectativas urbanísticas utilizando para ello el método objetivo de valoración (valor en venta para la zona de las viviendas de protección oficial) y aplicar a continuación una media aritmética entre el valor unitario obtenido por este método y el valor obtenido por el Jurado y reducir el resultado en un 50%, ya que tales cálculos no están destinados a valorar la finca expropiada como suelo urbanizable por el “método objetivo”, sino para calcular el incremento del valor del suelo no urbanizable en razón de sus expectativas urbanísticas, cosa bien distinta. El Tribunal consideró, de forma razonada, que con independencia de que el suelo expropiado debía ser valorado como suelo no urbanizable tenía unas importantes expectativas urbanísticas que era preciso tomar en consideración y que incrementaban notablemente el valor del suelo rústico, y es precisamente para calcular esas expectativas cuando la Sala recurre a aplicar una reducción del 50% de la diferencia del valor obtenido por el método objetivo en relación con el fijado por el Jurado. Se trata, en definitiva de cuantificar las expectativas urbanísticas apreciadas en suelo no urbanizable y no de aplicar el método objetivo para calcular el valor del suelo como urbanizable. El hecho de la sentencia de instancia utilizase este singular

método para calcular las expectativas urbanísticas, aplicado según indica la sentencia de instancia en otros supuestos similares, no resulta contrario a precepto legal alguno ni a la jurisprudencia.

8.8. Aprovechamiento. Si bien en principio una actuación de reforma comporta, en sí mismo considerada, un ámbito de gestión a los efectos previstos en el artículo 28.2º, resulta evidente que cuando el mismo planeamiento que articula dicha actuación establece ámbitos de gestión individualizados, deberá estarse a lo que resulte de cada uno de dichos ámbitos porque ya carece de fundamento el originario ámbito de gestión de toda la actuación de reforma.

En la **STS, Sec. 6ª, 19-03-2013 (RC 3428/2010)** la Sala rechaza el motivo de impugnación en base a que si bien como regla general y por su propia naturaleza, un Plan de Reforma comporta, en si mismo, un ámbito de gestión porque precisamente es esa concreta actuación sobre el suelo que integra esa actuación planificadora la que exige esa reordenación que es de lo que, en definitiva, se trata con estos específicos instrumentos del planeamiento, bien es verdad que es admisible que dentro de esas actuaciones puedan establecerse varias fases en la actuación de la actividad planificadora y fijar unidades de actuación atendiendo a las peculiaridades del planificador, lo que no parece muy coherente es que se establezcan varias actuaciones ... con fijación de aprovechamientos bien diferentes...” Es decir, si bien en principio una actuación de reforma comporta, en sí mismo considerada, un ámbito de gestión a los efectos previstos en el artículo 28.2º, resulta evidente que cuando el mismo planeamiento que articula dicha actuación establece ámbitos de gestión individualizados, deberá estarse a lo que resulte de cada uno de dichos ámbitos porque ya carece de fundamento el originario ámbito de gestión de toda la actuación de reforma. En consecuencia, si en la Modificación del planeamiento que establecía la actuación de reforma de autos se había contemplado la posibilidad de una Unidad de Actuación, a los efectos de concretar la ejecución del planeamiento que se imponían en la reforma, deberá estarse a las determinaciones que para dicha Unidad de Actuación se establecen, o si se quiere, que ya el ámbito de gestión no puede ser la totalidad de la superficie a que afecta la reforma, sino cada una de las Unidades de Actuación, a los efectos de lo establecido en el artículo 28.2º, no siendo admisible aplicar un aprovechamiento que el mismo planeamiento no ha previsto para el concreto ámbito de gestión que la actuación de reforma ha contemplado, es decir, no toda la superficie a que afecta la Modificación del planeamiento, sino para la concreta Unidad de Actuación donde se ubican los terrenos.

8.9. Sistemas generales y suelo de especial protección. Cuando el suelo no urbanizable está sometido a un régimen de especial protección no opera la doctrina jurisprudencial que exige que el suelo no urbanizable expropiado para la ejecución de sistemas generales que crean ciudad sea valorado como si de suelo urbanizable se tratase.

En la **STS, Sec. 6ª, 14-05-2013 (Rc 3728/2010)** la Sala viene entendiendo que cuando el suelo no urbanizable está sometido a un régimen de especial protección -algo que destacadamente ocurre con las áreas tuteladas por su valor ecológico o paisajístico- no opera la doctrina jurisprudencial que exige que el suelo no urbanizable expropiado para la ejecución de sistemas generales que crean ciudad sea valorado como si de suelo urbanizable se tratase. La razón es que ese suelo no podría en ningún caso ser objeto de desarrollo urbanístico, por lo que no concurre el fundamento último de la mencionada doctrina jurisprudencial, a saber: evitar la disparidad de trato de los expropiados con respecto a los propietarios de terrenos próximos que verán revalorizada su propiedad precisamente como consecuencia de la ejecución del sistema general. Las sentencias de 14 de diciembre de 2005, 15 de noviembre de 2006 y 11 de diciembre de 2006, que la recurrente cita, se orientan en ese sentido. Dicho cuanto precede, la mencionada excepción a la doctrina jurisprudencial sobre sistemas generales que crean ciudad exige que la especial protección haya sido debidamente acreditada y, sobre todo, que conste indubitadamente su incompatibilidad con cualquier futuro desarrollo urbanístico. Es necesario, dicho de otro modo, algo más que la protección que el terreno expropiado tiene por el mero hecho de estar clasificado como suelo no urbanizable.

8.10. Cesiones. El principio de equidistribución de beneficios y cargas, no solo implica que se aplique el aprovechamiento que corresponda, sino también las cargas que están obligados a soportar.

En la **STS, Sec. 6ª, 11-04-2013 (Rc 3164/2010)** la Sala desestima el motivo de impugnación por entender que por carecer el polígono en donde estaba situada la finca de aprovechamiento urbanístico alguno se acudió al coeficiente de edificabilidad de los polígonos colindantes con un uso homogéneo que se tomó en consideración para valorar sus terrenos. Posibilidad está que encuentra acogida en el art. 5 de la Ley 6/1998 que consagra el principio de equidistribución de beneficios y cargas al declarar que *“...las leyes garantizaran en todo caso el reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, entre todos los propietarios afectados por cada actuación urbanística, en proporción a sus aportaciones”*. Por tal razón, el artículo 25.2 de la ley 6/98, establece que los suelos destinados a infraestructuras y servicios adscritos a algún ámbito de gestión se valorarán en función del aprovechamiento de dicho ámbito, no del suyo propio, si lo hubiere, que es precisamente lo que se señalaba en el punto anterior; y esta misma finalidad inspira la previsión contenida en el art. 29 de la Ley 6/1998. Pero precisamente ese igual tratamiento respecto de los propietarios situados en los polígonos colindantes dotados de aprovechamiento lucrativo, en el intento de respetar el principio de equidistribución de beneficios y cargas, no solo implica que se le aplique el aprovechamiento que a ellos les corresponde sino también las cargas que ellos están obligados a soportar. De este modo el Tribunal Supremo ha señalado, STS de 15 de noviembre de 1997 que *“cualquier propietario, cualquiera que sea el sistema elegido para la ejecución del*

planeamiento, está obligado a contribuir con los terrenos de cesión obligatoria como a costear la urbanización, pues en cualquier caso se beneficia de las ventajas derivadas del planeamiento, bien porque se apropia del aprovechamiento bien porque recibe la indemnización del aprovechamiento urbanístico de los terrenos expropiados...cuyo significado es hacer efectivo el principio de equidistribución de beneficios y cargas”..., sin que sea posible sostener que en la valoración de un suelo no consolidado incluido en un polígono carente de aprovechamiento se le apliquen los beneficios de los propietarios de los polígonos colindantes pero no esté obligado a soportar sus mismas cargas.

8.11. Cesiones. No puede tomarse en consideración un aprovechamiento neto antes de haber realizado las cesiones correspondientes.

En la **STS, Sec. 6º, 14-05-2013 (Rc 6162/2010)** la Sala da la razón al recurrente ya que el coeficiente de edificabilidad bruto se obtiene de dividir la superficie edificable total entre la superficie de suelo total (lucrativa y no lucrativa.) Por el contrario, el coeficiente de edificabilidad neto se obtiene de dividir la superficie edificable total entre la superficie de suelo de los usos lucrativos, esto es, descontando de la superficie no lucrativa destinadas a cesiones. Ello implica que el coeficiente neto de edificabilidad se aplica cuando ya se han descontado todas las cesiones obligatorias (viales, parques, jardines), de ahí que se tome como divisor tan solo la superficie lucrativa. En tal sentido este Tribunal ha señalado que “el aprovechamiento que ha de considerarse a los efectos de valoración del suelo consolidado, es el neto, por haber sido impuesto a los propietarios afectados en su día la carga de las cesiones obligatorias” (sentencias de 20 de marzo de 2012, recurso 1083/2009; de 8 de noviembre de 2011, recurso 5037/2008; de 28 de junio de 2011, recurso 5383/2007...), por lo que, a sensu contrario, no puede tomarse en consideración un aprovechamiento neto antes de haber realizado esas cesiones. En la STS, Sala Tercera, sección 6ª, de 31 de Octubre de 2012 (rec. 6097/2009) ya se dijo que “No cuestionándose la clasificación del suelo expropiado, ni el hecho de que se trata de un suelo urbano consolidado por la urbanización, la cuestión se reduce a dilucidar si a la hora de calcular el aprovechamiento del polígono donde se encuentra el suelo expropiado debe estarse al aprovechamiento bruto de dicho polígono, contando a tal efecto con el suelo destinado a viales, zonas verdes y equipamientos, o si, por el contrario, debe estarse al aprovechamiento neto, esto es sin tener en cuenta el suelo que debería haberse cedido con tal finalidad, como pretende el recurrente. Cuando se aplica el coeficiente de edificabilidad bruto, mucho menor que el neto al utilizar como divisor la superficie total (lucrativa y no lucrativa), ya se descuentan del coeficiente aplicado los porcentajes de superficie que es necesario ceder como cargas urbanísticas. La conclusión que se obtiene es que si se aplica el coeficiente de edificabilidad bruto para obtener el aprovechamiento urbanístico, ya no es posible deducir del valor unitario obtenido por el valor residual los porcentajes que representan las cesiones obligatorias, pues al margen de que ello implica una duplicidad en la toma en consideración de tales cargas (por un lado al computarlas para hallar el coeficiente de edificabilidad aplicable y por otro al reducirlas del importe del

valor unitario que se le aplica) tampoco es posible operar esa reducción sobre el valor unitario sino sobre las superficies a tomar en consideración para hallar el coeficiente de edificabilidad.

8.12.- Interés de demora cuando el expediente de justiprecio tiene lugar 50 años después de la ocupación.

En la **STS, Sec. 6º, 22-01-2013 (Rc 1661/2010)** la Sala desestima el motivo de impugnación tras haber mantenido, en primer lugar, que la lógica interna del art. 52 LEF es que el devengo de intereses sin solución de continuidad desde la ocupación hasta el pago está íntimamente ligado a que el momento a que debe referirse la tasación es también el de la ocupación; y ello porque es en ese momento cuando ha de iniciarse la pieza de justiprecio. En segundo lugar, es importante subrayar un extremo que en la sentencia impugnada queda simplemente apuntado: cuando a finales de 2004 se inició la pieza de justiprecio, la recurrente dio por supuesto que la valoración no debía ir referida al año 1957, sino a ese mismo momento. En tercer y último lugar, no cabe ignorar que el terreno expropiado ha estado ocupado durante casi cincuenta años sin que se estableciera y abonara el correspondiente justiprecio; pero el modo de reparar el perjuicio que ello haya podido ocasionar a la recurrente no puede ser, por las razones ya indicadas, el reconocimiento de los intereses que aquélla pretende. Hay que tener en cuenta, por lo demás, que el hecho de haberse fijado el justiprecio con arreglo al valor del terreno expropiado en el año 2005 supone ya una compensación, por la extraordinaria revalorización de aquél con respecto al año 1957, razón por la que no cabe apreciar vulneración alguna de los arts. 52, 56 y 57 LEF.

9. Extranjería y asilo

9.1. EXTRANJERÍA

9.1.1. Reagrupación de ascendientes extranjeros por españoles nacionalizados residentes en España. Procedencia de la aplicación supletoria de lo dispuesto en el Real Decreto 2393/2004, por así preverlo la disposición adicional segunda del Real Decreto 240/2007. Aplicabilidad de lo resuelto en la STS de 5 de octubre de 2011 (RC 5245/2008): el Consulado no puede modificar el criterio de la resolución administrativa que concedió la autorización de residencia de los reagrupados salvo que concurran especiales circunstancias.

La **STS, Sec. 3.ª, 28-09-2012 (Rc 1335/2012)** 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 Bogotá, el cual denegaba a dos ciudadanos colombianos el visado solicitado para reagrupación familiar con su hija, ciudadana nacionalizada española y

residente en España. El Tribunal Supremo considera especialmente relevante la cuestión que suscita el recurso acerca de la disparidad de criterio entre la Delegación del Gobierno en trance de autorizar la residencia de los reagrupados y el Consulado en Bogotá al denegar el visado y, partiendo de que el Real Decreto 2393/2004 resulta aplicable con carácter supletorio a la reagrupación de ciudadanos comunitarios por así preverlo la disposición adicional segunda del Real Decreto 240/2007, toma en consideración la interpretación conjunta y armónica de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Real Decreto 2393/2004 acometida, entre otras, en la STS de 5 de octubre de 2011 (RC 5245/2008). A continuación, examina la Sala las circunstancias concurrentes en el caso de autos, razonando que, de lo obrante en el expediente de autorización de residencia tramitado ante la Delegación del Gobierno en Asturias, resulta que la Delegación del Gobierno fue favorable a la concurrencia del requisito controvertido, esto es del requisito de que los reagrupados se hallaran “a cargo” del reagrupante, concluyendo que *“nos hallamos ante un supuesto idéntico al enjuiciado en las Sentencias antes citadas. El Consulado debió haberse abstenido de valorar aquello que ya había sido tomado en consideración en la tramitación de los permisos de residencia, y, por tanto, conceder el visado (...)”* (FJ 6º); por las razones anteriormente expresadas, el Alto Tribunal estima el recurso de casación y el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante la Sala de instancia, argumentando que *“La denegación de los visados por las causas manifestadas en las resoluciones administrativas no son ajustadas a Derecho. La relativa a la inexistencia de «razones que justifiquen la necesidad» no es procedente por las correctas razones que expresa la Sentencia recurrida, esto es, por la inexigibilidad de este requisito cuando nos hallamos ante la reagrupación por un ciudadano español, en que resulta aplicable el Real Decreto 240/2007. La razón consistente en la insuficiente acreditación de la dependencia económica, tampoco resulta correcta porque este hecho fue apreciado en sentido positivo por la Delegación del Gobierno y no concurre razón alguna que justificara una nueva valoración del mismo dato por el Consulado, que sustenta su decisión denegatoria en esta distinta ponderación.”* (FJ 7º)

9.1.2. *Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Desestimación de la impugnación dirigida contra los párrafos segundo y tercero del apartado séptimo del artículo 23 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011. Negación del carácter sancionador de las órdenes de devolución propiamente dichas y admisión, aun cuando sólo fuera por aplicación de la Directiva 2008/115/CE, de la validez -y aun de la exigencia- de las prohibiciones de entrada a ellas anejas (cuando vinieran precedidas, en España, de las garantías que exige el Tribunal Constitucional); por ello y, no siendo discutidos en el recurso los tiempos a que pueden elevarse dichas prohibiciones, estimación por parte del Alto Tribunal de que nada impide que el dies a quo del cómputo de los plazos para la “prescripción” de la resolución de devolución sea el que fijan los preceptos reglamentarios impugnados, sin que necesariamente hayan de atenerse a lo dispuesto*

de modo supletorio para las sanciones administrativas en la Ley 30/1992.

La STS, Sec. 3ª, 12-03-2013 (Rca 343/2011) desestima la impugnación dirigida contra los párrafos segundo y tercero del apartado séptimo del artículo 23 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011. A juicio de los recurrentes, la “devolución” de los extranjeros tiene un carácter sancionador y, dado que la Ley Orgánica 4/2000 no regula el comienzo del plazo de prescripción de aquélla, deberían aplicarse las normas subsidiarias de la Ley 30/1992 sobre la prescripción de las sanciones, en concreto el artículo 132.3 de la Ley 30/1992, lo que convertiría en ilegal una disposición reglamentaria que se aparta de la Ley 30/1992. La Sala examina la figura jurídica de la devolución, considerando que se trata de una figura jurídica con contornos propios que difiere tanto de la expulsión de los extranjeros como del rechazo o denegación de entrada en nuestro país y sostiene su naturaleza no sancionadora. Asimismo, examina el Alto Tribunal el régimen jurídico aplicable a la prohibición de entrada aneja a la orden de devolución emitida y, tomando en consideración la STC 17/2013 y la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, razona que las prohibiciones de entrada en España, en cuanto medidas anejas a la “devolución de los extranjeros” siguen siendo válidas si vienen acompañadas de ciertas garantías de procedimiento. Por todo lo anterior, concluye el Alto Tribunal que: *“Siendo todo ello así, negado el carácter sancionador de las órdenes de devolución propiamente dichas y admitida, aun cuando sólo fuera por aplicación de la Directiva 2008/115/CE, la validez -y aun la exigencia- de las prohibiciones de entrada a ellas anejas (cuando vinieran precedidas, en España, de las garantías que exige el Tribunal Constitucional), y no discutidos en el recurso los tiempos a que pueden elevarse dichas prohibiciones, estimamos que nada impide que el día a quo del cómputo de los plazos para su “prescripción” sea el que fijan los preceptos reglamentarios impugnados, sin que necesariamente hayan de atenerse a lo dispuesto de modo supletorio para las sanciones administrativas en la Ley 30/1992.[...]”* (FJ 8º)

9.1.3. *Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Desestimación de la impugnación dirigida contra dos previsiones específicas contenidas en el apartado segundo del artículo 71 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, referidas al “requisito de cotización”, en materia de renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Ninguno de los dos preceptos reglamentarios singularmente impugnados vulnera, al desarrollarlo, el artículo 38.6, letra a), de la Ley 4/2000.*

La **STS, Sec. 3ª, 12-03-2013 (Rca 343/2011)** desestima la impugnación dirigida contra dos previsiones específicas contenidas en el apartado segundo del artículo 71 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, letras b) y c). Parte el Tribunal de que: *“A juicio de los recurrentes el Reglamento*

impone requisitos (en concreto, el “requisito de cotización”) que excederían de los contemplados en el artículo 38.6.a) de la Ley 4/2000, sin que este último precepto legal contenga en su actual redacción, a diferencia de lo que sucedía con las precedentes, ninguna remisión a las normas reglamentarias de desarrollo. “ (FJ 9º) y no acoge la impugnación, razonando que: “El artículo 38 resulta susceptible de desarrollo en cualquiera de sus apartados aunque alguno de ellos no contenga una remisión específica al Reglamento, en contra de lo que sostienen las entidades actoras. Basta a estos efectos la cobertura general que ofrece la Disposición final tercera de la Ley Orgánica 2009, a la que ya nos hemos remitido. Premisa a partir de la cual puede afirmarse que ninguno de los dos preceptos reglamentarios singularmente impugnados en este epígrafe vulnera, al desarrollarlo, el artículo 38.6, letra a), de la Ley 4/2000. En efecto, si la Ley 4/2000 condiciona en su artículo 38.6.a) la renovación de las autorizaciones a la existencia o bien de un previo contrato de trabajo (que persiste o se renueva), o bien de un nuevo contrato laboral, debe entenderse que parte de una cierta continuidad en la relación laboral durante el período de tiempo al que se refería la autorización inicial. Y como es obvio, dicha relación laboral lleva aparejada la “situación de alta o asimilada al alta” de la que habla el Reglamento. “(FJ 9º). Asimismo, en cuanto a los requisitos establecidos en el artículo 71.2, letras b) y c), señala el Tribunal Supremo que: “(...) El recurso se dirige, por el contrario, tan sólo contra las previsiones reglamentarias que se refieren a la existencia de un “nuevo contrato” en el momento de expiración de la primitiva autorización, esto es, a las hipótesis en que no se haya producido la continuidad del mismo contrato de trabajo. Posiblemente el Reglamento no hubiera contravenido el artículo 38.6.a) de la Ley si hubiera limitado la renovación de las autorizaciones ya extinguidas a aquellos casos en que la relación laboral no había sufrido interrupción alguna durante el período de vigencia de aquéllas. Pero, quizás por consideraciones ligadas a la inestabilidad laboral en tiempos de crisis (a la que aluden los recurrentes), ha optado por “suavizar” la exigencia de continuidad en términos que, cuando menos, mantengan una cierta coherencia con el designio legislativo. A estos efectos los preceptos reglamentarios ahora impugnados exigen seis meses de trabajo por año (primera hipótesis) o tres meses por año (segunda hipótesis) respectivamente cuando, no dándose aquella continuidad laboral, sin embargo o bien exista un nuevo contrato (en la primera hipótesis) o bien el cese de la anterior relación laboral se hubiera debido a causas ajenas a la voluntad del trabajador (en la segunda hipótesis). Ni una ni otra exigencia contravienen, pues, el artículo 38.6 de la Ley 4/2000; antes al contrario, son más favorables para sus destinatarios que un desarrollo puramente literal de aquél.” (FJ 9º)

9.1.4. *Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE. Anulación del inciso “los plazos para la interposición de los recursos que procedan serán computados a partir de la fecha de notificación al empleador o*

empresario”, que contiene el artículo 88.5, párrafo 4º, del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011.

La **STS, Sec. 3ª, 12-03-2013 (Rca 343/2011)** estima la impugnación dirigida contra el inciso contenido en el artículo 88.5, párrafo 4º, del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, según el cual *“los plazos para la interposición de los recursos que procedan serán computados a partir de la fecha de notificación al empleador o empresario”, anulándolo, pues razona que:“(…) Llevan razón los recurrentes cuanto defienden -en contra de lo sostiene el Abogado del Estado- que el trabajador extranjero respecto del cual se haya denegado al empleador-solicitante la autorización para contratarlo tiene pleno derecho, como lo tiene su empleador, a recurrir por sí mismo la denegación.(…) y hacerlo precisamente desde la fecha en que se le “comunique”.”(FJ 10º)*

9.1.5. *Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Procedimiento para obtener la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, sin necesidad de visado. Anulación del inciso contenido en el apartado 4 del artículo 128 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, a tenor del cual el órgano competente “podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal”.*

La **STS, Sec. 3ª, 12-03-2013 (Rca 343/2011)** estima la impugnación dirigida contra el inciso contenido en el apartado 4 del artículo 128 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, a tenor del cual, en los procedimientos para obtener la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, sin necesidad de visado, el órgano competente *“podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal”*. El Tribunal Supremo anula dicho inciso razonando en esencia que este “requerimiento” es una exigencia de comparecer impuesta a los solicitantes de autorización de residencia por circunstancias excepcionales y que debe ser el Legislador y no el titular de la potestad reglamentaria quien resuelva cuándo es razonable y cuándo no imponer a los administrados la carga de comparecer en las dependencias públicas, conforme al principio general establecido en el artículo 40.1 de la Ley 30/1992, no existiendo previsión legal que lo autorice en el caso examinado.

9.1.6. *Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Concurrencia de procedimientos. Concurrencia del procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de las previstas en los artículos 31 bis, 59, 59 bis o 68.3 de la Ley Orgánica 4/2000 con la existencia contra el solicitante de una medida de*

expulsión no ejecutada por concurrencia de una infracción de las previstas en las letras a) y b) del artículo 53.1 de la citada Ley Orgánica. Desestimación de la impugnación dirigida contra el concreto inciso del apartado 2 del artículo 241 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, relativo a que se trate de una medida de expulsión “no ejecutada”.

La **STS, Sec. 3ª, 12-03-2013 (Rca 343/2011)** desestima la impugnación dirigida contra el concreto inciso del apartado 2 del artículo 241 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, relativo a que se trate de una medida de expulsión “no ejecutada”. Parte el Alto Tribunal de que “*La pretensión de los recurrentes es que la misma previsión de revocar, excepcionalmente, la expulsión en los casos referidos se aplique tanto si la medida de expulsión no fue ejecutada (sólo a esta hipótesis se remite el Reglamento) como si lo fue. (...)*” y no accede a la impugnación en este punto razonando que “*(...) El Reglamento no impide que los extranjeros con órdenes de expulsión ya ejecutadas insten su revocación si concurren en ellos las circunstancias excepcionales cuya existencia implica, a juicio del legislador orgánico, una situación especialmente protegible. Tampoco impide que la revocación se haga, en los mismos casos, por iniciativa de las propias autoridades. Se limita, más escuetamente, a regular la situación de los extranjeros que, permaneciendo en España pese a una orden de expulsión (no ejecutada, por lo tanto), sean “mujeres víctimas de violencia de género”, víctimas de trata de personas, colaboren contra redes de criminalidad organizada o tengan un determinado grado de arraigo social en nuestro país, y soliciten la autorización de residencia. Pero, repetimos, no contempla otro supuesto diferente cual es el de aquellos extranjeros que ya han sido objeto de expulsión efectiva, sin que para ellos el precepto impugnado prohíba en modo alguno la posibilidad de instar la revocación de su expulsión, siempre en el marco de los procedimientos incoados para obtener la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.*” (FJ 12º)

9.1.7. *Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Desestimación de la impugnación dirigida contra el inciso del artículo 258.6 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, según el cual la autoridad gubernativa deberá comunicar al órgano jurisdiccional que autorizó el internamiento de un extranjero en un Centro de Internamiento de Extranjeros cualquier circunstancia en relación con la situación de aquél “que pudiera determinar la variación de la decisión judicial relativa a su internamiento”. Conformidad de dicho inciso con el artículo 60.3 de la Ley Orgánica 4/2000.*

La **STS, Sec. 3ª, 12-03-2013 (Rca 343/2011)** desestima la impugnación dirigida contra el inciso del artículo 258.6 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, según el cual la autoridad gubernativa deberá comunicar al órgano jurisdiccional que autorizó el internamiento de un extranjero en un

Centro de Internamiento de Extranjeros cualquier circunstancia en relación con la situación de aquél *“que pudiera determinar la variación de la decisión judicial relativa a su internamiento”*. A juicio de la parte recurrente en casación debería ser transmitida al órgano jurisdiccional *“cualquier [otra] circunstancia que afecte al internado”*, conforme dispone el artículo 60.3 de la Ley Orgánica 4/2000. Sin embargo, el Tribunal rechaza esta pretensión, razonando que: *“[...] El artículo 60.3 de la Ley Orgánica 4/2000 (tras su reforma por la Ley 2009) prescribe, en efecto, que el extranjero durante su internamiento se encuentre en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó y que a ésta le sea comunicada “cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados”. La dicción legal debe entenderse referida a circunstancias que puedan tener una cierta relevancia jurídica y no a otras nimias o triviales que en nada afecten a las causas del internamiento ni a las facultades del juez sobre la situación de los internos. En otro caso el juzgado competente se vería inundado con la comunicación constante de posibles novedades relativas, por ejemplo, a las actividades sociales de los extranjeros dentro de los lugares de internamiento. Es claro que estas o análogas circunstancias ningún interés tienen para el juez que ha de controlar la legalidad de la permanencia en la situación de internamiento. El Reglamento desarrolla en este punto la Ley Orgánica 4/2000 conforme a su sentido lógico. La autoridad judicial que autorizó el internamiento debe conocer las circunstancias ulteriores aptas para influir en la situación jurídica de los extranjeros internados, pero no otras ajenas a su ámbito de competencias jurisdiccionales. El hecho de que el extranjero internado se encuentre a disposición de la autoridad judicial implica, repetimos, que deban ponerse en conocimiento del juez las circunstancias o hechos relevantes que afecten a aquél y tengan relación con la decisión judicial de internamiento, que es en definitiva lo que dispone la norma reglamentaria impugnada. Y no debe olvidarse, por lo demás, que los extranjeros internados tienen abierta la posibilidad de dirigirse al juez para darle a conocer los hechos que estimen oportunos y formular las peticiones o quejas que quieran suscitar en relación con ellos (artículo 62.6 de la Ley Orgánica 4/2000).” (FJ 13º)*

9.1.8. *Impugnación directa del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Anulación del apartado primero, párrafo segundo, de la Disposición Adicional Primera, así como del inciso “o en su caso resolverá la inadmisión a trámite” que contiene el artículo 106.3, párrafo primero del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, en la medida en que atribuyen a las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas en el exterior la competencia “en materia de admisión a trámite de procedimientos iniciados en el extranjero” cuando no la tengan para resolver el fondo de los procedimientos para la obtención de las siguientes autorizaciones: a) las de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado; b) las de residencia temporal no lucrativa; c) las de residencia temporal y trabajo por cuenta propia; y d) las de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo cuando la persona*

extranjera no sea residente en España y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a 90 días.

La **STS, Sec. 3ª, 12-03-2013 (Rca 343/2011)** estima la impugnación, razonando en esencia que: “[...] Es cierto que la Ley 4/2000 no contiene propiamente una reserva competencial de carácter general a favor de unas autoridades (las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, o cualquier otro órgano administrativo) frente a otras (las oficinas consulares o misiones diplomáticas) para resolver según qué procedimientos de extranjería, bien sea en fase liminar o en las ulteriores. Ahora bien, el criterio general que recoge la Disposición adicional cuarta es que, sea quien sea el órgano competente para resolver el fondo, lo es también para inadmitir a limine. Y salvo que este criterio esté exceptuado en algunos otros preceptos singulares de la Ley (como sucede, por ejemplo, en el caso de los visados) el Reglamento no puede establecer una ruptura generalizada entre los órganos que han de resolver y los que pueden, al margen de aquéllos, inadmitir. El motivo impugnatorio, pues, debe ser estimado.[...]” (FJ 14º)

9.1.9. Adquisición de nacionalidad española por residencia. Requisito de residencia legal continuada. Resulta lógica y razonable una interpretación flexible del requisito de la continuidad en el supuesto de demora en la petición de los permisos pertinentes que no permite cuestionar la clara voluntad del solicitante de regularizar su situación.

En la **STS, Sec. 6ª, 28-11-2012 (Rc 4845/2010)** se desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra una sentencia de la Audiencia Nacional, que a su vez había estimado el recurso contencioso administrativo interpuesto contra una resolución denegatoria de la solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia, al entender que se había incumplido el requisito previsto en el artículo 22.3 del Código Civil, concretamente, la exigencia de la residencia legal continuada de diez años en el tiempo inmediatamente anterior a la petición y ello al comprobarse con la documentación aportada al expediente que el solicitante no había estado documentado con autorización de residencia desde el 6 de mayo de 1998 hasta el 22 de marzo de 1999. El Tribunal Supremo considera acertadas las razones ofrecidas por la Sala de instancia para llegar a la solución alcanzada de que el solicitante sí reunía los requisitos exigidos por el artículo 22 del Código Civil para la adquisición de la nacionalidad por residencia y entiende que la decisión de la Audiencia Nacional descansa en una interpretación flexible de la norma que, en atención a las circunstancias concurrentes, resulta plenamente lógica y razonable. Así, razona el Alto Tribunal que: “*Aunque es cierto, y así se admite por el Tribunal “a quo”, que el solicitante no ha estado documentado con autorización de residencia desde el 6 de mayo de 1998 hasta el 22 de marzo de 1999, con la consiguiente interrupción del periodo de residencia legal comprendido entre el 7 de mayo de 1993 y el 6 de mayo de 1998, periodo éste en el que estuvo en posesión de la tarjeta de residente comunitario, es del todo acertado que dicho Tribunal analice las causas por las que el solicitante estuvo indocumentado entre el 6 de mayo de 1998 y el 22 de*

marzo de 1999, y que ante la constatación de que ello fue debido a que su solicitud de renovación de la tarjeta familiar de residente comunitario, formulada el 30 de abril de 1998, esto es, antes de transcurrir la validez de la anterior, fue denegada por resolución de 14 de enero de 1999, por haberse disuelto su matrimonio en virtud de sentencia de divorcio de 22 de septiembre de 1998, esto es, por resolución dictada con posterioridad a la formulación de la solicitud de renovación, así como ante la constatación también de que el 22 de marzo de 1989 solicitó autorización de trabajo y residencia, esto es, poco tiempo después de la denegación de la renovación, y de que tal solicitud de 22 de marzo de 1998 fue acogida favorablemente por resolución de 22 de septiembre de 1999, desde cuyo momento ha permanecido como residente legal, llegue a la conclusión, en una interpretación flexible del requisito de la continuidad, y amparado por la Jurisprudencia que cita (Sentencias de esta Sala de 22 de febrero de 2003 y 25 de enero de 2005), que nos encontramos ante un supuesto de demora en la petición de los permisos pertinentes -debemos añadir que muy breves- que no permite cuestionar la clara voluntad del solicitante de regularizar su situación. (...)" (FJ 2º)

9.2. Asilo

9.2.1. *El pronunciamiento judicial relativo a la no concurrencia de las condiciones del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, engloba o comprende el rechazo de los requisitos indicados en los números 3 y 4 del artículo 31 del Reglamento aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.*

La **STS, Sec. 3ª, 28-09-2012 (Rc 4646/2011)** desestima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Nacional, a su vez desestimatoria del recurso interpuesto contra una resolución denegatoria del derecho de asilo y de la condición de refugiado. En el único motivo casacional examinado por esta sentencia se denunciaba la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia en lo referente a la solicitud de autorización de la recurrente de residir en España por motivos humanitarios, en concreto, por los invocados al amparo del artículo 31.4 del Reglamento de Asilo. Razona el Alto Tribunal que no concurre la incongruencia *ex silentio* denunciada, pues *“Basta con leer la Sentencia de instancia para advertir que no se ha soslayado un pronunciamiento sobre la autorización de la permanencia en España de la recurrente por motivos humanitarios. Precisamente el último párrafo del fundamento de Derecho transcrito en la presente se refiere a esa pretensión, que es rechazada por no concurrir las especiales circunstancias exigidas para ello en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.”*, añadiendo que dicho *“precepto de la Ley contiene la regla general de la que constituyen meras especificaciones las previsiones del artículo 31.3 y 4 del Reglamento aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, que es el aquí aplicable. El artículo 17.2 faculta a autorizar la permanencia en España de quien no posea las condiciones para obtener el asilo pero confluyan «razones humanitarias o de interés público» y «en particular cuando se trate de personas que, como*

consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país». El artículo 31.3 de Reglamento contiene una proyección o concreta aplicación de la norma general; contempla el caso de «que se aprecien 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». Dado que esta disposición restringiría la autorización de permanencia más allá de la previsión de la Ley, el número 4 del mismo precepto se refiere a «razones humanitarias distintas de las señaladas en el apartado anterior [...] siempre y cuando la concurrencia de dichas razones humanitarias quede acreditada en el expediente de solicitud de asilo.» y concluyendo que “Así pues, el pronunciamiento judicial relativo a la no concurrencia de las condiciones del artículo 17.2 engloba o comprende el rechazo de los requisitos indicados en los números 3 y 4 de la expresada norma reglamentaria.” (FJ 3º)

9.2.2. La autorización de permanencia en España por razones humanitarias, referido a la posibilidad prevista en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/84 en concordancia con el artículo 31.3 de su Reglamento de aplicación. Examen de la más reciente evolución jurisprudencial.

Nuestra jurisprudencia más reciente ha establecido que a la hora de resolver sobre la autorización de permanencia en España por razones humanitarias (referido a esta posibilidad prevista en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/84 en concordancia con el art. 31.3 de su reglamento de aplicación) ha de tomarse en consideración la situación realmente existente en el país de origen en el momento en que se dicta la resolución judicial; así, con similares palabras, distintas Sentencias de este Tribunal se han pronunciado sobre la correcta actuación del tribunal de la instancia en dicho sentido –SSTS de 21 de mayo de 2012 (RC 4102/2011), de 23 de mayo de 2012 (RC 4699/2011), de 22 de junio de 2012 (RRCC 6085/2011 y 4112/2011) y de 29 de junio de 2012 (RRCC 5935/2011 y 5594/2011)-.

Resulta oportuno citar, por su actualidad, la reciente **STS, Sec. 3.ª, 18-10-2012 (Rc 875/2012)** referida a un caso en el que la Sala de instancia no había concedido la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, donde tras asumir esta Sala la posición procesal del Tribunal de instancia, como consecuencia de la estimación de los dos primeros motivos del recuso formulados al amparo del art. 88.1.c] LRJCA, procede el Tribunal Supremo a resolver sobre el objeto del proceso en los términos en que había sido planteado, ex artículo 95.2.c) y d) LRJCA, examinando las cuestiones de fondo planteadas en el pleito conforme a la plenitud de cognición que es propia de esa posición de Tribunal de instancia en que se ha situado. Así, desde esa posición de Tribunal de instancia desestima la pretensión del recurrente en lo que respecta a la concesión del derecho de asilo, descartando asimismo que nos encontremos ante un caso de refugio *sur place*, mas estima la procedencia de la concesión de la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, atendiendo al hecho notorio del grave empeoramiento de la situación de Siria y a la necesidad de valorar la evolución del país de origen

desde la presentación de la solicitud de asilo hasta el tiempo de resolverse el recurso. Razona la Sala: “[...] Cuanto acabamos de exponer se refiere a la situación social y política del país de origen del recurrente, Siria, al tiempo en que salió y pidió asilo en España, esto es, en el año 2008. Ahora bien, existe un hecho que sin ambages puede calificarse como notorio, en el que abundaremos a continuación, y que por su propia trascendencia exige una reconsideración de la cuestión, cual es el grave empeoramiento de la situación de Siria, país del que se puede afirmar que se encuentra actualmente en un estado de grave conflicto civil. Procesalmente, los hechos notorios son aquellos que resultan de innecesaria prueba por gozar de notoriedad absoluta y general (art. 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pues bien, consideramos que no puede ser discutido que, como acabamos de decir, el agravamiento de la situación sociopolítica de Siria constituye un hecho notorio, al tratarse de un dato de general conocimiento por la información ampliamente difundida por todos los medios de comunicación y por las numerosas resoluciones y notas que acerca de dicha situación han emitido de forma coincidente diversos organismos internacionales. Es verdad, no obstante, que ese empeoramiento se ha producido sobre todo a lo largo de los últimos meses, cuando la solicitud de asilo que aquí nos ocupa se presentó en el año 2008, lo cual plantea el problema de si podemos ahora tomar en consideración estas circunstancias sobrevenidas.” (FJ 9º) “[...] Examinando, pues, el asunto, desde la perspectiva que hemos expuesto, observamos que la desestimación del recurso contencioso-administrativo por la Sala de instancia, en cuanto a la aplicación de la posibilidad prevista en el tan citado artículo 17.2, respondió a que a juicio del Tribunal no cabía apreciar una situación de peligrosidad para la vida o integridad física del recurrente en caso de tener que retornar a Siria. Ahora bien, semejante conclusión podría ser compartible en cuanto referida al tiempo de la solicitud de asilo y consiguiente tramitación del expediente administrativo, pero deja de serlo si contemplamos la cuestión desde la perspectiva que impone el empeoramiento significativo de la situación sociopolítica de Siria a que antes nos hemos referido, que por su gravedad y notoriedad no precisa de una especial glosa, hasta el punto de que el ACNUR, en dos recientes tomas de posición sobre protección internacional de nacionales sirios y retornos a la República de Siria, de febrero y junio de 2012, ha recomendado enfáticamente que a estas personas se les otorgue algún género de protección y no se produzcan devoluciones a Siria hasta que la situación en dicho país se haya estabilizado y pueda confiarse en un retorno con garantías de seguridad y dignidad, que al día de hoy no es viable. Pues bien, en las precitadas sentencias de esta Sala y Sección de 23 de mayo y 22 de junio de 2012 hemos dicho, y repetimos ahora, que, el espíritu y finalidad de la protección humanitaria contemplada en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984 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. Ciertamente, si se atendiera únicamente a esa situación inicial, que puede remontarse a años atrás, y se prescindiera de la vigente al tiempo de la resolución del recurso, el sistema de la normativa de protección internacional se vería reducido a una entelequia que salvaría las apariencias formales del sistema al precio de hacer la respuesta jurisdiccional incompatible con la realidad. Por eso, la propia normativa de asilo insiste en la necesidad de que la información sobre el país de origen sea una información actualizada, y así, la Directiva 2005/85/CE, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, establece en su artículo 8 que los Estados de la Unión deberán garantizar “que se obtenga información precisa y actualizada de diversas fuentes, por ejemplo, información del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), respecto a la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes”, conteniéndose una regla similar en el artículo 38 en cuanto concierne a la retirada del estatuto de refugiado. En este mismo sentido, la precitada STJUE de 2 de marzo de 2010 se refiere al cambio sobrevenido de circunstancias en el país de origen (con unas consideraciones que aun referidas a la concesión del asilo son extensibles, con mayor razón y fundamento, a la protección humanitaria que ahora nos ocupa), admitiendo la posibilidad de tomar en consideración circunstancias sobrevenidas para mantener la protección internacional concedida, aun cuando hayan cesado las que inicialmente determinaron la concesión de esa protección. Por las mismas razones, decimos, no tiene sentido denegar la protección humanitaria contemplada en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo si se constata a través de fuentes de información objetivas y contrastadas que la evolución del país de origen ha evolucionado, desde la presentación de la solicitud de asilo hasta el tiempo de resolverse el recurso, de tal forma que obliga a proteger al solicitante en el sentido precisamente contemplado en ese precepto. Así, como tal es el caso del recurrente, el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado en el sentido indicado, esto es, en el de reconocer su derecho a permanecer en España por razones humanitarias al amparo del artículo 17.2 tantas veces mencionado, una vez constatado que su retorno al país de origen podría comportar para él un riesgo serio y real de peligro para sus derechos más básicos, como la vida y la integridad física.” (FJ 13º)

9.2.3. La figura del llamado refugiado sur place.

La STS, Sec. 3.º, 18-10-2012 (Rc 875/2012) se pronuncia a propósito de la figura del llamado refugiado sur place, como una categoría “que hace referencia a las personas que no son refugiadas en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951 al abandonar su país de origen, pero que adquieren tal condición posteriormente a raíz de hechos ocurridos en ese país durante su ausencia.”; señala así el Tribunal que “A estos refugiados sur place se refiere el Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado elaborado por el ACNUR (que aun no revistiendo el carácter de norma jurídica sino de simple manual doctrinal, es de oportuna cita por la reconocida autoridad en esta materia del organismo internacional que lo ha

elaborado), cuando señala -par. 95- que una persona se convierte en refugiado sur place en virtud de circunstancias que hayan surgido en su país de origen durante su ausencia, añadiendo -par. 96- que “una persona puede convertirse en refugiado sur place como resultado de sus propias actividades, por ejemplo, frecuentando el trato de refugiados ya reconocidos o expresando sus opiniones políticas en su país de residencia. Será preciso, sin embargo, establecer mediante una rigurosa indagación de las circunstancias si tales acciones son suficientes para justificar fundados temores de persecución. En particular, habría que tener en cuenta si tales acciones han podido llegar al conocimiento de las autoridades del país de origen de la persona así como la manera en que aquéllas puedan ser consideradas por esas autoridades”. Y reconoce la Sala que “Este mismo Tribunal Supremo no ha dejado de valorar en alguna ocasión circunstancias sobrevenidas acaecidas ya en España como factores determinantes para el reconocimiento del derecho al asilo. Así, por ejemplo, en sentencias de esta Sala Tercera de 30 de marzo de 2006 (recurso de casación nº 644/2003) y 24 de febrero de 2010 (recurso de casación nº 429/2007) se tuvo singularmente en cuenta para la concesión de la protección internacional el comportamiento de los interesados tras haber dejado su país de origen y ya en el país de destino, que los singularizaba a efectos de una posible persecución por parte de las autoridades de esos países de origen.” (FJ 10º)

9.2.4. El principio de “no devolución” (non refoulement). Aplicación.

La STS, Sec. 3.ª, 05-12-2012 (Rc 1723/2012) tanto en lo que constituye propiamente la fundamentación jurídica de la sentencia como en el extenso voto particular que esta sentencia contiene, se pronuncia sobre la aplicación de este principio de no devolución. La decisión mayoritaria de la Sala puede resumirse en que resulta correcto que la resolución denegatoria de protección internacional no se pronuncie sobre el juego de este principio, en la medida en que con carácter previo se había instruido al interesado un expediente de expulsión del territorio nacional con arreglo a la normativa general de extranjería, en el que se había ordenado de forma expresa su salida obligatoria del territorio nacional, y en el que el mismo interesado ya había instado la aplicación del principio de no devolución. Así, razona esta sentencia que: “[...] descendiendo a la contemplación casuística de las circunstancias aquí concurrentes, apreciamos que en realidad la resolución administrativa denegatoria de la protección internacional no negó la virtualidad del principio de no devolución, ni tampoco la propia Sala de instancia lo hizo, por lo que mal se le puede reprochar que lo ignorara o contraviniera. Dicho sea de otro modo, cuando la Administración denegó la protección internacional solicitada, mediante la resolución impugnada en el proceso de instancia, lo hizo estrictamente en aplicación de unos preceptos de la Ley de Asilo, los artículos 9 y 12, que permiten denegar la concesión o reconocimiento de los respectivos ámbitos de protección ahí contemplados (el asilo en el art. 9 y la protección subsidiaria en el 12), es decir, con base en una circunstancia legalmente prevista cual es la amenaza para la comunidad resultante de la implicación del recurrente en actividades terroristas; limitando su pronunciamiento a la aplicación de esta posibilidad legal. No hubo en esa decisión de la Administración la menor alusión, toma en consideración o referencia a la salida

obligatoria del solicitante del territorio nacional, o más concretamente al principio de no devolución, sencillamente porque la plasmación práctica u operativización de la salida de España del interesado era una cuestión ajena a este procedimiento de protección internacional, desde el momento que tal y como el propio solicitante (ahora recurrente) había puesto de manifiesto ya en su solicitud, con carácter previo se le había instruido un expediente de expulsión del territorio nacional con arreglo a la normativa general de extranjería, en el que se había ordenado -ahí sí- de forma expresa su salida obligatoria del territorio nacional, y en el que el mismo interesado ya había instado la aplicación del principio de no devolución. La Autoridad administrativa que resolvió el expediente de protección internacional tuvo a la vista sin duda este dato, y tomando en consideración el hecho de que la cuestión de la no devolución al país de procedencia era en todo caso cuestión a dilucidar en ese otro procedimiento administrativo (tramitado con todas las garantías), limitó conscientemente su respuesta a la denegación de la permanencia en España bajo la cobertura de la protección internacional de la Ley 12/2009, sin extender su juicio a la puesta en práctica o ejecución de lo que era al fin y a la postre objeto de debate y tema de decisión en ese otro procedimiento administrativo distinto y previo. Similar fue el enfoque que adoptó el Tribunal de instancia, como se desprende de lo dicho en su sentencia y, con aún más evidencia, en las resoluciones que dictó en la pieza separada de medidas cautelares, donde insistió en que la puesta en práctica de la salida de España del interesado era objeto propio de otro expediente y no del de protección internacional sometido a la revisión jurisdiccional del propio Tribunal. Por nuestra parte, no consideramos erróneo ese enfoque de la Sala de instancia, pues, ciertamente, partiendo de la base de que contra el mismo interesado se instruyó, tramitó y resolvió un procedimiento de expulsión del territorio nacional, previamente a la solicitud de asilo, es en el marco de ese primer y anterior procedimiento donde tiene su lugar natural de toma en consideración la normativa internacional antes reseñada sobre la virtualidad del principio de no devolución, que no es propio y exclusivo de la institución del asilo, sino que, en la medida que se erige como un pilar del sistema de protección de los derechos humanos a nivel internacional, se extiende a cualesquiera procedimientos en que esté en juego la posible salida obligatoria de los extranjeros hacia otros países como consecuencia de la aplicación de la legislación de extranjería entendida en sentido amplio, y no sólo a los expedientes de asilo y refugio. Realmente, no sabemos si la orden de expulsión acordada en el expediente de extranjería incoado contra el aquí recurrente ha sido finalmente llevada a ejecución o no. De cualquier modo, es en el seno de la ejecución de ese expediente (distinto y ajeno al expediente de asilo aquí concernido) donde han de extraerse las consecuencias que impone el Derecho Internacional en relación con la protección frente a la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Extender ahora nuestro pronunciamiento sobre esta cuestión supondría sobrepasar el ámbito de enjuiciamiento e inmiscuirnos en la operatividad de un expediente administrativo -el de expulsión- del que desconocemos datos relevantes y que en todo caso resulta ajeno a esta litis. De esta manera, si en el caso del aquí recurrente ya se ha dictado anteriormente una orden de expulsión mediante acto administrativo definitivo en vía administrativa (cuyas circunstancias de adopción y ejecución, y cuya eventual revisión jurisdiccional, desconocemos porque nada útil se nos ha dicho al respecto), será en el

contexto de la ejecución de esa orden y, en su caso, en el curso de la impugnación jurisdiccional deducida frente a la misma, donde cabrá invocar el principio de no devolución y el paraguas de protección que de él deriva. Por eso, no podemos acoger un motivo de casación que denuncia unas infracciones jurídicas que realmente el Tribunal de instancia no cometió, dado que dicho Tribunal ni negó ni minusvaloró el alcance del principio de no devolución, simplemente constató que su lugar natural de consideración es un expediente distinto del procedimiento que culminó con la resolución administrativa que ante él se impugnó.” (FJ 6º)

9.2.5. Examen del artículo 3.2 del Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003; dicho precepto no establece una facultad plenamente discrecional de los Estados miembros (en cuanto derivada del ejercicio de su soberanía en las relaciones internacionales), como tal insusceptible de control y revisión.

La STS, Sec. 3.ª, 19-12-2012 (Rc 1711/2012) estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Nacional que había declarado ajustada a derecho una resolución denegatoria del estudio de la solicitud de protección internacional interesada por parte de un ciudadano afganés, al entender que correspondía a Grecia el examen de dicha solicitud, tras constatarse que la entrada del solicitante en la Unión Europea se había efectuado a través de dicho país y, puesto que, una vez requerida Grecia para que aceptase su competencia para el examen de la solicitud, no había respondido dentro de plazo, lo que equivalía a la aceptación de la petición conforme al artículo 18.7 del Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003. El recurrente en casación denuncia que la sentencia infringe el artículo 3.2 del Reglamento CE 343/2003 y el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, añadiendo que una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 21 de enero de 2011, que considera dictada en relación con un asunto sustancialmente igual al suyo, ha sentado una doctrina coincidente con su tesis, en el sentido de considerar contraria al Convenio la devolución del solicitante a Grecia, en atención a la deficiente atención que en dicho país se presta a los solicitantes de protección internacional. El Tribunal Supremo estudia en profundidad el contenido del artículo 3.2 del Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, tomando en especial consideración la citada Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 21 de enero de 2011 (asunto M.S.S: contra Bélgica y Grecia), así como la Sentencia, aún más reciente, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2011; de dicho estudio cabe destacar, a modo de resumen, que, según establece el TJCE, en el supuesto de que hubiera razones para temer fundamente que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en el Estado miembro responsable que implican un trato inhumano o degradante de los solicitantes de asilo trasladados al territorio de ese Estado miembro, ese traslado no deberá efectuarse, lo procedente es proseguir el examen de los criterios de atribución de competencia contemplados y recogidos en el capítulo III del Reglamento 343/2003, con objeto de comprobar si a tenor de dichos criterios cabe

determinar otro Estado miembro como responsable del examen de la solicitud de asilo, añadiéndose además dos consideraciones: la primera, que cuando, con arreglo a los criterios enumerados en dicho Reglamento, no pueda determinarse el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo, será responsable del examen el primer Estado miembro ante el que se haya presentado la solicitud de asilo; y la segunda, que es preciso, no obstante, que el Estado miembro en el que se halla el solicitante de asilo procure no agravar una situación de vulneración de los derechos fundamentales de ese solicitante mediante un procedimiento de determinación del Estado miembro responsable que se prolongue más allá de lo razonable. Si fuera necesario, le corresponderá a él mismo examinar la solicitud conforme a lo previsto en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 343/2003. A la vista de lo anterior, razona el Alto Tribunal que: *“es claro que resulta inviable y estéril tratar de sostener que el artículo 3.2 del Reglamento establece una facultad plenamente discrecional de los Estados miembros (en cuanto derivada del ejercicio de su soberanía en las relaciones internacionales), como tal insusceptible de control y revisión. Al contrario, estas dos sentencias del TEDH y del TJUE coinciden en acotar esa discrecionalidad conforme a los criterios que se han dejado reseñados, siempre sobre la base del principio esencial que ilumina y vertebra todo el sistema jurídico de protección internacional de los solicitantes de asilo, que es la salvaguardia de su dignidad como personas y la protección real y efectiva, no meramente nominal y formal, de sus derechos humanos más elementales. “(FJ 3º). Acuerda, a continuación, la estimación del recurso de casación interpuesto, si bien argumenta que *“situada la Sala en la posición procesal del Tribunal de instancia (art. 95.2.d] de la Ley Jurisdiccional 29/1998), lo procedente, en principio, sería estimar el recurso contencioso-administrativo en el sentido de anular la resolución administrativa impugnada en el proceso y ordenar a la Administración que proceda a estudiar, de conformidad con las previsiones del capítulo III del Reglamento, si la competencia para hacerse cargo de la solicitud de protección internacional concernida pudiera corresponder a Grecia en caso de que estuviera en condiciones de esperar una adecuada tramitación de la solicitud, o a otro Estado distinto de Grecia, y en caso de que no fuera así, asumir el propio Estado español dicha competencia. Ahora bien, a la vista de las vicisitudes del caso, y sobre todo habida cuenta de la dilación que ha experimentado su resolución definitiva como consecuencia de la pendencia judicial en que se ha envuelto (recuérdese que la solicitud de protección se presentó en febrero de 2010, esto es, hace casi tres años), ha de concluirse que, tal y como ha declarado el TJUE, procede estimar el recurso contencioso-administrativo en el sentido de anular la resolución impugnada y ordenar a la Administración demandada que, a fin de no prolongar aun más la situación personal y jurídica de indefinición y pendencia del solicitante y ahora recurrente, asuma definitivamente la competencia para resolver sobre la solicitud de protección internacional aquí concernida, conforme a lo previsto en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 343/2003, tantas veces mencionado, procediendo, pues, al estudio y definitiva resolución de dicha solicitud.” (FJ 4º)**

9.2.6. Solicitud de protección internacional presentada en un Centro de Internamiento para Extranjeros. Aplicabilidad, en sus líneas maestras, de

los mismos criterios jurisprudenciales que se consagraron para el artículo 5.6.d) de la anterior Ley de Asilo 5/1984, de 26 de marzo (modificada por Ley 9/1994), para el procedimiento acelerado previsto en el artículo 21.2º, apartado b) de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Cuando esa incoherencia, inverosimilitud o insuficiencia del relato – a la que se refiere el citado artículo 21.2.b)- no se revela manifiesta, obvia o patente, lo que hay que hacer es admitir a trámite la solicitud presentada por el internado en el CIE y darle el curso del procedimiento de urgencia como exige el artículo 25.2 de la Ley 12/2009, con los actos de instrucción necesarios para verificar la verosimilitud del relato, su posible incardinación entre las causas de persecución protegibles, y su acreditación indiciaria suficiente, con la preceptiva intervención de la CIAR.

La STS, Sec. 3ª, 27-03-2013 (Rc 2429/2012) estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra las sucesivas resoluciones del Ministerio del Interior, que habían acordado la denegación de la solicitud de protección internacional y la desestimación de la petición de reexamen, respectivamente, respecto de una solicitud presentada en un Centro de Internamiento para Extranjeros, al considerar aplicable lo previsto en el artículo 21.2. b) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre. El Alto Tribunal examina el motivo cuarto de casación, en el que se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial referida a la causa de inadmisión de las solicitudes de asilo contemplada en el artículo 5.6.d) de la antigua y derogada Ley de Asilo 5/1984 de 26 de marzo (modificada por Ley 9/1994). Para ello, comienza recordando el sistema establecido en la Ley de 1984 para la admisión a trámite y concesión/denegación del asilo, tal y como fue perfilado por la jurisprudencia, a fin de contrastarlo con el diseñado por la nueva Ley de 2009, reconociendo que esta última ha introducido un profundo cambio en la ordenación procedimental de esta materia, de forma que *“si en la Ley anterior la inadmisión se contraponía dialécticamente a la admisión a trámite y consiguiente sustanciación del expediente hasta la concesión o denegación del asilo previo estudio en profundidad del mismo, del mismo modo en la Ley nueva la inadmisión o denegación por estos cauces acelerados del artículo 21 se contrapone dialécticamente a la admisión y estudio más detenido del asunto mediante el procedimiento ordinario regulado en el artículo 24 y el de urgencia del artículo 25.2.”* (FJ 7º), mas encontrando semejanzas entre el artículo 25.1.c) de la nueva Ley 12/2009 con el artículo 5.6.b) de la Ley antigua; y entre el artículo 21.2.b) de la nueva Ley y el antiguo artículo 5.6.d). Concretamente, se ciñe el Tribunal a la causa de denegación aplicada en el caso, esto es la del artículo 21.2.b) de la Ley 12/2009, y concluye *“que esa causa de denegación reviste la misma funcionalidad operativa en el conjunto del sistema similar a la que tenía la antigua causa de inadmisión del antiguo artículo 5.6.d)”,* lo que *“conduce a examinar si, como alega la parte recurrente, pudiera ser de aplicación en sus aspectos sustanciales a la denegación aquí concernida, (acordada respecto de una solicitud de asilo presentada en un CIE con base en el nuevo artículo 21.2.b), la jurisprudencia en relación con la interpretación y aplicación de aquel antiguo artículo 5.6.d).”* (FJ 7º). Sintetiza así la Sentencia

la doctrina jurisprudencial recaída en relación con ese artículo 5.6, apartados b) y d) de la Ley de 1989 y razona su aplicabilidad, en sus grandes líneas o principios, a la denegación de la protección por la causa contemplada en el artículo 21.2.b) de la Ley 12/2009. Destaca la Sala lo siguiente: “ (...) cuando se acuerda la denegación por el cauce del artículo 21.2º, nos hallamos ante una resolución denegatoria acordada mediante un procedimiento brevísimo que comporta una patente disminución de garantías para el solicitante, y que por mucho que se intitule “denegación” reviste una funcionalidad u operatividad práctica cercana a las resoluciones de inadmisión, dado que excluye las reglas del procedimiento ordinario y también las del procedimiento de urgencia (iguales a las del ordinario salvo en la reducción a la mitad de los plazos), y más concretamente excluye la intervención de la CIAR, determinando al fin y a la postre que la solicitud sea rechazada sin haber llegado a ser analizada a fondo. Obvio es que un rechazo tan expeditivo de las solicitudes de asilo reclama una aplicación prudente y restrictiva, en términos similares a los que la antigua jurisprudencia exigía para las causas de inadmisión del artículo 5.6 de la Ley de Asilo de 1984, justamente por la señalada limitación de garantías que comporta. Desde esta perspectiva, asiste la razón a la parte recurrente cuando reclama para este procedimiento acelerado del artículo 21.2º, apartado b), la aplicación, en sus líneas maestras, de los mismos criterios jurisprudenciales que se consagraron para el artículo 5.6.d) de la anterior Ley de Asilo, pues, insistimos, al margen de su diferente denominación (inadmisión en la vieja Ley, denegación en la nueva) la funcionalidad de ambos preceptos es similar en la medida que ambos comportan un rechazo acelerado de las solicitudes de asilo que, ya en primera aproximación, esto es, sin necesidad de esfuerzos dialécticos ni actos de investigación, merecen ser calificadas de “incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen”, en dicción literal del precepto de la Ley nueva y aplicable.

Así pues, cuando esa incoherencia, inverosimilitud o insuficiencia del relato no se revela manifiesta, obvia o patente, lo que hay que hacer es admitir la solicitud a trámite presentada por el internado en el CIE y darle el curso del procedimiento de urgencia como exige el artículo 25.2, con los actos de instrucción necesarios para verificar la verosimilitud del relato, su posible incardinación entre las causas de persecución protegibles, y su acreditación indiciaria suficiente, con la preceptiva intervención de la CIAR. Lo que no resulta de recibo es tratar de ampliar esta restringida vía procedimental del artículo 21.2.b) so pretexto de su calificación formal como “denegación” (que no inadmisión), utilizándola para despachar una solicitud de asilo cuya inverosimilitud, incoherencia o carencia de fundamento no se revele obvia o patente ya en un primer examen; del mismo modo que no resulta de recibo rechazar con base en este precepto una solicitud de asilo con el argumento de que no aparece respaldada por prueba indiciaria suficiente, pues tanto el estudio detenido del relato como el juicio sobre su respaldo probatorio son cuestiones que trascienden de la limitada funcionalidad de ese trámite del artículo 21.2.b) y sólo pueden ser abordadas tras admitir a trámite la solicitud y en el curso del expediente de asilo correspondiente.” (FJ 9º) Aplicando todo lo anterior al caso concreto examinado, considera el Alto Tribunal que se encuentra ante una solicitud de asilo que “realmente no tiene encaje en esos estrechos y limitados moldes que son propios del trámite del tan citado artículo

21.2.b)” (FJ 10º), por lo que estima el cuarto motivo del recurso de casación, con la consiguiente anulación de la sentencia de instancia, y, ya situado en la posición procesal que corresponde al Tribunal a quo ex art. 95.2.d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998, considera que no puede en esta sentencia resolver directamente sobre el tema de fondo, en el sentido de pronunciarse sobre la concesión o denegación a la recurrente de la protección internacional solicitada, pues carece de datos para dar una respuesta con plenitud de elementos de juicio sobre la posibilidad de conceder ya mismo algún grado de protección de los contemplados en la Ley 12/2009. Por eso, lo que acuerda es “anular la resolución administrativa impugnada en el proceso y ordenar que la solicitud de protección internacional presentada por la recurrente sea formalmente admitida a trámite y examinada con debida observancia de todas las reglas procedimentales aplicables, entre las que figura la establecida en el artículo 46 de la Ley 12/2009, que obliga a dar un tratamiento diferenciado a las personas que soliciten protección internacional por razones ligadas a la violencia sexual, como es el caso aquí contemplado, pues, como acertadamente apunta el ACNUR en sus informes, las personas que dicen haber sufrido una experiencia tan traumática como esa deben disponer de una ayuda y asistencia adecuada para poder exponer su relato de forma que les permita actuar con la confianza necesaria.(...)” (FJ 11º)

Esta misma línea jurisprudencial se mantiene en la STS, Sec. 3ª, 27-03-2013 (Rc 2529/2012).

10. Función pública.

10.1. La amortización de puestos de trabajo de personal laboral en una RPT ha de ser objeto de negociación colectiva con los sindicatos.

En la **STS, Sec. 7ª, 18-07-2012 (Rc 5734/2011)** el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto con un sindicato contra la sentencia de instancia. El Alto Tribunal considera que la amortización de unos puestos de trabajo de personal laboral mediante la modificación de una RPT, dado su alcance y puesto que supone una afectación profunda de las condiciones de trabajo, no sólo debe cumplir con el trámite de audiencia a los representantes de personal, sino que también debe ser objeto de una negociación verdadera y real con los sindicatos correspondientes. Recordando jurisprudencia anterior (STS, Sala 3ª, de 03/02/2011, RC 2567/2009), señala que si bien el artículo 34 de la antigua Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, determinación de las Condiciones de Trabajo y participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, excluía de la negociación colectiva las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, de modo que la RPT en cuanto instrumento de ordenación del personal mediante el que se realiza la potestad organizativa queda fuera de la negociación colectiva aunque no de la obligación de consultar con las organizaciones sindicales, los nuevos artículos 31 a 46 de la vigente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) introducen una importante novedad al respecto; esta

novedad consiste en que cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en dicha Ley (criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos), procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales. Por tanto, la jurisprudencia concluye que las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización, entre las que cabe citar las relativas a la aprobación de las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumento técnico legalmente previsto para llevar a cabo la ordenación del personal, en cuanto repercutan en las condiciones de trabajo de los funcionarios, sean objeto de negociación con las organizaciones sindicales.

En consecuencia, una amortización de puestos de trabajo reservados a personal laboral (aunque estuvieran vacantes) mediante una RPT resulta para el Tribunal Supremo una modificación sustantiva con incidencia en la ordenación de las condiciones de trabajo del personal afectado y en la estructura interna del servicio de que se trata, aun cuando lo sean como consecuencia del ejercicio de las potestades organizativas de la Administración, razón por la cual deben ser objeto de preceptiva negociación colectiva.

No ha de ser negociado, sin embargo, la modificación de la RPT en lo que respecta a otros puestos de trabajo en los que se adecuaron los conocimientos específicos referidos a idiomas, ya que se está ante una modificación que puede calificarse de semiautomática, derivada de una adecuación normativa de los distintos niveles de idiomas, que no guarda conexión alguna con las condiciones de trabajo inherentes al puesto afectado, en relación a las que no cabe entender se haya producido alteración alguna, ni la introducción de mayores o diferentes exigencias a las inicialmente existentes en cada caso.

10.2. Prolongación del servicio activo del personal estatutario de los servicios de salud. Impugnación indirecta de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos (PORH).

La STS, Sec. 7ª, 24-09-2012 (Rc 2191/2011) desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia, que queda confirmada, al considerar que no cabe autorizar la permanencia en servicio activo cuando no existe “necesidad asistencial” en los términos establecidos en el PORH, es decir, cuando no hay personal sustituto en los tres meses previos a la jubilación del solicitante. Lo que la parte recurrente considera respecto de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco de los Servicio de Salud, que consagra un auténtico derecho a la prórroga en el servicio activo hasta los 70 años, el Tribunal Supremo entiende que no se establece en realidad ese derecho de modo inequívoco, sino que se trata sólo de una mera facultad condicionada al ejercicio de una potestad de la Administración recurrida, el Servicio de Salud correspondiente, en función de las necesidades de organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos. Al respecto, añade

el TS: *“No nos encontramos así ante una clave de ordenación normativa asentada en el establecimiento inequívoco de un derecho, (que late en la tesis del recurrente), sino ante la necesidad de que la Administración justifique la autorización o denegación de la solicitud de prórroga en los términos referidos. Tal necesidad de justificación no puede convertirse en exigencia rigurosa trasladable al Plan de que éste haya de tomar como elemento de su ordenación el respeto de ese derecho, haciendo del mismo un eje del Plan, desde el cual deban, en su caso, enjuiciarse otros contenidos del mismo, para reclamar de ellos precisiones de detalle o justificaciones explícitas, innecesarias en razón de su inevitable generalidad. Es ahí, en esa transformación en auténtico derecho, de una facultad, sometida al ejercicio de una potestad por la Administración, donde consideramos que se incurre en la exageración del planteamiento del recurrente a que nos referimos antes”* (F.J. 8º).

Por tanto, la prolongación en el servicio activo es un derecho subjetivo del funcionario, pero un derecho que no le es reconocido de manera absoluta sino, por el contrario, condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio; y que recaer sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación. En el caso de autos, además, existe un PORH en el que se definen las necesidades asistenciales, y la Administración Pública recurrida, al denegar la prórroga de la continuidad en el servicio activo, se ha atendido a esa previsión del plan y por tanto ha motivado su denegación “en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”.

Respecto a la impugnación indirecta del PORH, el Tribunal Supremo recuerda que dicha modalidad impugnatoria no puede convertirse en un análisis plenario de la norma indirectamente impugnada en todos sus contenidos, sino que debe centrarse en el concreto contenido de la norma, determinante en su aplicación del contenido del acto impugnado. La impugnación indirecta no abre el recurso a cualquier infracción desvinculada o desconectada de la infracción denunciada como motivo de nulidad del acto impugnado. El Plan, en cuanto base normativa del acuerdo singular recurrido, no es objeto de una impugnación directa, sino indirecta, por lo que no puede pretenderse que, para aceptar los contenidos ordenadores del mismo con ocasión de la impugnación de un acto singular de aplicación, la Administración demandada deba soportar la necesidad de justificación de la adecuación a derecho del instrumento normativo que aplica. Éste, en principio, vale jurídicamente, sin que para admitir su valor deba la Administración tener que justificar la corrección de sus contenidos. Será, en su caso, la parte recurrente, la que, si considera que el plan no es adecuado a derecho, deba demostrar los vicios que le impute; pero no cabe partir de que la Administración (que no es además la autora exclusiva del Plan, pues éste deriva de un pacto con los sindicatos), ante la impugnación de un acto aplicativo del Plan, y ante una impugnación indirecta de éste, deba justificar la corrección jurídica de su contenido.

10.3. Requisitos para el nombramiento de director general de la Administración General del Estado en relación con la excepción

prevista en el artículo 18.2 de la LOFAGE consistente en que cabe que el nombramiento de alto cargo no recaiga en personal funcionario.

En la **STS, Sec. 7ª, 18/12/2012, RC 528/2010**, el Alto Tribunal estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (FEDECA) contra cinco reales decretos de nombramiento de directores generales. Desde la sentencia del mismo Tribunal de 21/03/2002 (RC 1060/2000) se ha asentado un *corpus* jurisprudencial en relación con el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que tiene las siguientes líneas maestras:

“Que la Ley 6/1997 introdujo como garantía de objetividad en el servicio a los ciudadanos la profesionalización de los órganos directivos de la Administración General del Estado, incluidos los altos cargos con responsabilidad directiva en la estructura administrativa.

Que por aplicación de ese principio por lo que la Ley dispone que los Subsecretarios y Secretarios Generales Técnicos, en todo caso (artículos 15.2 y 17.3), y los Directores Generales, con carácter general (artículo 18.2), habrán de ser nombrados entre funcionarios que ostenten la titulación superior, y que, además, el nombramiento deberá ser acordado atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia (artículo 6.10).

Que la nueva regulación legal consagra, pues, un régimen riguroso de profesionalización de los más altos cargos de la estructura administrativa estatal, por encima de los cuales sólo se encuentran los Secretarios de Estado y los Ministros, quienes, dada, su cualidad de miembros de Gobierno (Ministros) o de titulares de órganos directamente responsables de la ejecución de la acción de Gobierno (Secretarios de Estado), no están obviamente sujetos a aquellos condicionamientos.

Que la excepción inserta en el artículo 18.2 permite al Consejo de Ministros excluir que una determinada Dirección General sea servida de modo obligado por funcionario de carrera de nivel superior, pero esta exclusión (a) ha de venir contemplada precisamente en el Real Decreto de estructura del Departamento y (b) ha de tener como causa las “características específicas” de las funciones atribuidas a la Dirección General.

Y que, a partir de esta premisa, el Consejo de Ministros, como titular de la potestad de nombramiento, puede designar bien a un funcionario o bien a persona que no ostente dicha condición, pero en el buen entendimiento de que la excepción se refiere tan solo a la previa condición funcional, pero no al resto de los criterios exigibles (profesionalidad y experiencia).

Desde las anteriores ideas se concluye y declara que no es incondicionada esa atribución conferida por la Ley al Consejo de Ministros para sustraer una determinada Dirección General a su régimen de provisión ordinario entre funcionarios de carrera y, por ello, la decisión de aquel órgano exige para su validez, además del respeto a los elementos reglados del ejercicio de tal potestad, que la justificación sea objetiva y expuesta en

términos que permitan comprender las razones por las cuales la decisión misma es adoptada”. (F.J.2º).

Se incide especialmente -y esta es la clave de la sentencia- en la interpretación que ha de darse a las “características específicas de las funciones” que han de concurrir en la dirección general correspondiente para que la misma sea ocupada por personal no funcionario. Así, aunque puede aceptarse que la confidencialidad y la insuficiencia profesional del funcionariado de carrera pueden ser características específicas que hacen viable la excepción prevista en la LOFAGE, lo más lógico para el Tribunal Supremo es que la exclusión de la reserva a favor de funcionarios de carrera con título superior venga justificada, normalmente, por el hecho de que las funciones de una determinada dirección general no se correspondan con las correlativas, en cuanto a preparación, experiencia y cometido, asignadas a los funcionarios de carrera. Se reconoce que el Consejo de Ministros goza de cierto margen de apreciación y discrecionalidad para apreciar qué tipo de características singulares aconsejan hacer uso de la potestad de excepción para nombrar a un director general que no sea funcionario, contraviniendo el principio de profesionalización de la Administración Pública que consagra la propia LOFAGE, pero ese componente discrecional no impide el control jurisdiccional del acto adoptado.

Por tanto, cualquier excepción que sea establecida a la regla general de reserva funcional exigirá, para poder ser considerada válida, que se apoye en hechos objetivos y concretos; no bastando consideraciones abstractas o juicios de valor genéricos. Y esa objetividad y concreción ha de ser constatada principalmente en las singulares funciones que tenga atribuidas la dirección general de que en cada caso se trate, que habrán de exteriorizar unos concretos cometidos cuya extraordinaria naturaleza haga bien visible la conveniencia, en aras de un mejor desempeño de la dirección general, de no limitar el ámbito de los posibles titulares solamente a los cuerpos de funcionarios y ampliarlo a personas que, a pesar de no ostentar la condición funcional, puedan ofrecer una superior idoneidad para esos cometidos extraordinarios.

En consecuencia con todo lo anterior, el Tribunal Supremo anula cuatro de las cinco normas reglamentarias que excepcionan el requisito de ser funcionario público quien ocupe los puestos de las direcciones generales sometidas a enjuiciamiento, al no advertir razones suficientes para abandonar el principio de profesionalidad que inspira esa regla general de la reserva funcional que la LOFAGE asume para el nombramiento de directores generales.

10.4. Naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo (RPTs). Participan de la naturaleza propia de las disposiciones administrativas de carácter general, pero no son verdaderos reglamentos, por lo que no es posible plantear cuestiones de ilegalidad en relación con ellos. Análisis de la posibilidad del planteamiento de una cuestión de ilegalidad respecto a las RPTs como un debate nuevo en la jurisprudencia.

La **STS, Sec. 7ª, 04-07-2012 (Rc 1984/2010)** estima el recurso de casación interpuesto por la Administración Autonómica contra la sentencia de instancia recaída en una cuestión de ilegalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. El Alto Tribunal realiza un análisis de la naturaleza jurídica de la cuestión de ilegalidad tal y como está regulada en los artículos 27 y 123 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tras recordar que la cuestión de ilegalidad es un procedimiento especial, razón por la que la interpretación de las normas contenidas en los citados artículos debe hacerse de manera restrictiva, afirma rotundamente que la cuestión de ilegalidad tiene como objeto directo el enjuiciamiento de disposiciones reglamentarias, por lo que en el caso de autos es la posibilidad de atribuir o no esa caracterización a las RPTs la clave para resolver la cuestión planteada en el proceso de casación.

En relación con la naturaleza jurídica de las RPTs, el TS recuerda que las mismas, aunque encuadrables en la materia de personal, participan de la naturaleza propia de las “disposiciones de carácter general”, existiendo una doctrina consolidada reconociendo que las relaciones de puestos de trabajo aprobadas por las Administraciones Públicas en ejercicio de sus potestades organizativas, tienen “naturaleza normativa”, atendido su carácter ordinamental y las notas de generalidad, abstracción y permanencia que en ellas concurren, diferenciándolas de los actos con destinatario plural e indeterminado pero carentes de contenido normativo. Por otro lado, están las sentencias que han considerado que cuando se ha establecido la vocación normativa de las relaciones de puestos de trabajo lo ha sido como una mera *fictio iuris* para justificar que, pese a merecer la calificación de cuestiones de personal, sin embargo se hayan considerado recurribles en casación las sentencias pronunciadas sobre las mismas, dándoles así, desde el punto de vista estrictamente procesal, el tratamiento propio de las disposiciones generales, pero sin que por eso haya desconocido que materialmente su verdadera sustancia jurídico-administrativa es la de los actos plúrimos, con destinatarios indeterminados, de donde viene aquella vocación normativa, pero excluyendo en todo caso que sean auténticos reglamentos. Esa ficción jurídica también se ha mantenido a efectos puramente procesales para permitir la impugnación de determinaciones de la RPT con ocasión de los recursos dirigidos contra actos singulares de aplicación, es decir, a los efectos de una impugnación indirecta de las disposiciones de carácter general.

La línea jurisprudencial más moderna se centra en evaluar el concreto contenido de la RPT para ver si el mismo desborda el propio de los actos generales y se adentra en lo que corresponde a las regulaciones abstractas y permanentes, y de ahí la necesidad de comprobar si por su contenido añadido se justifica que se le asigne naturaleza reglamentaria.

Se recuerda jurisprudencia anterior del TS en la que se cuestionaba la posibilidad de plantear la cuestión de ilegalidad cuando no se refiere a una disposición de carácter general, sino a la determinación contenida en una RPT referida al nivel de complemento asignado a un concreto puesto de trabajo, pues falta aquí la nota de generalidad y demás caracteres propios de las disposiciones reglamentarias.

En definitiva, el Alto Tribunal concluye que no pueden plantearse cuestiones de ilegalidad en relación con una RPT, al no ser una disposición de carácter general.

En la **STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 23-10-2012 (Rc 2741/2011)** el Tribunal Supremo también analiza la naturaleza jurídica de una RPT, invocando la anterior STS de 04/07/2012 comentada, llegando a la conclusión de que las RPTs son actos administrativos, sin perjuicio de su consideración como disposiciones de carácter general a efectos meramente procesales. Se parte en esta sentencia de que la jurisprudencia sobre la calificación de la naturaleza jurídica de las RPTs, vista en su conjunto, no permite llegar a una solución de índole general, segura e inequívoca, sino que responde a un marcado casuismo.

En el caso de autos, la cuestión sobre la procedencia o improcedencia de interponer un recurso administrativo frente a una RPT antes de acudir a la vía contencioso-administrativa, habida cuenta la oscilante jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de las RPTs, justifica que la parte recurrente considerase adecuado y pertinente el recurso administrativo que utilizó y que no pueda aceptarse en este caso, aún en el supuesto de que se considerase como disposición general la RPT, la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo por el hecho de haber acudido a dicho recurso administrativo antes de interponer el contencioso-administrativo. Y es que la consideración de las RPTs como actos administrativos, sin perjuicio de su consideración como disposiciones reglamentarias a efectos procesales tiene cobertura en otras muchas sentencias del TS. Con arreglo a esta jurisprudencia, es procedente en este caso la consideración de la RPT impugnada como acto administrativo, y ligado a esa condición el tratamiento legal de su notificación o publicidad, el del recurso administrativo previo al recurso contencioso-administrativo y el cómputo del plazo para éste.

10.5. Acreditación de méritos en los procesos selectivos. Posibilidad de subsanar los defectos formales y la documentación presentada en aplicación del artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando se han acreditado en tiempo los aspectos sustantivos del mismo.

En la **STS, Sec. 7ª, 19-12-2012 (Rc 1035/2012)** el Tribunal Supremo recuerda su sentencia de 04/02/2003, dictada en un recurso de casación en interés de la ley (RCIL 3437/2001) en el que se consagra que el trámite de subsanación de defectos a que se refiere el artículo 71 LRJAP y PAC es plenamente aplicable en los procesos selectivos, ya que se impone el deber de la Administración de requerir al interesado para que se subsanen las deficiencias cuando se aprecie que el mismo no cumple los requisitos que exige el ordenamiento en vigor; la redacción del apartado segundo del citado artículo 71 excluye los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva para la ampliación prudencial hasta 5 días del plazo cuando la aportación

presente dificultades especiales, luego si se prohíbe dicha ampliación es claro que el precepto autoriza la concesión del plazo de los 10 días cuando se trate de un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva. Numerosas sentencias del TS posteriores confirman y sostienen dicha tesis.

Ello no implica ignorar o desatender el carácter vinculante de las bases de la convocatoria, dado que los participantes en procesos selectivos están obligados a cumplir con las bases de la convocatoria y recae sobre ellos la carga de aportar la documentación en los términos que establezcan dichas bases, ya que así resulta conveniente para que el funcionamiento de esos procesos sea igual para todos los participantes y se desarrolle con la normal regularidad que exige el principio constitucional de eficacia administrativa (artículo 103 CE). Ahora bien, cuando no se está ante la presentación extemporánea y fuera de plazo de un mérito, sino ante su defectuosa acreditación tratando de superar la deficiencia meramente formal del concreto documento justificativo presentado, resulta de aplicación el citado artículo 71 de la Ley 30/1992. Y esa línea jurisprudencial de amplitud en la aplicabilidad del citado precepto en procedimientos selectivos resulta predicable no sólo respecto de las omisiones en la solicitud inicial sino en ulteriores fases del procedimiento, como es la fase de concurso y la acreditación de méritos alegados en él. Según el TS, resultaría excesivo y, por tanto, no acorde con el principio de proporcionalidad, privar de la valoración de un mérito en los casos en que los aspirantes hubieran acreditado en tiempo los aspectos sustantivos del mismo aunque no hubieran satisfecho alguno de los meramente formales.

En la **STS, Sec. 7ª, 09-07-2012 (Rc 4644/2011)** se añadió una importante observación a la doctrina jurisprudencial sostenida en las sentencias anteriores sobre la acreditación y subsanación de méritos en los procedimientos selectivos. Y es que el Tribunal Supremo entiende que el artículo 79 de la LRJAP y PAC (precepto que en ocasiones se ha alegado para subsanar los méritos de una convocatoria) no resulta aplicable a los procedimientos en concurrencia, como es el caso de los procesos selectivos, en los que confluyen intereses de terceros junto con los de los solicitantes; ha de tenerse en cuenta que dicho precepto está previsto para los procedimientos iniciados a instancia del propio interesado, en los que es posible introducir nuevas alegaciones o aportar documentación u otros elementos de juicio en cualquier momento anterior al trámite de audiencia, dado que, en principio, no confluyen otros intereses que puedan verse afectados por ellos. Por esta razón, los interesados están obligados a presentar la solicitud y acreditar la pretensión de que se trate dentro del periodo inicial establecido para ello, dado que, en otro caso, se introducirían elementos de inseguridad en el desarrollo de tales procedimientos que perturbarían gravemente el principio de igualdad que debe regir en su seno con especial significación. Ello, sin perjuicio de las posibilidades de subsanación en los términos que se han expuesto anteriormente.

10.6. Principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas. Necesidad de que exista una correspondencia

entre las aptitudes, conocimientos y experiencias valorados en el proceso selectivo y los cometidos de la plaza o puesto a cuyo acceso se aspira. Concurso-oposición para la categoría de médicos de familia de un servicio de salud. Personal estatutario. Diferenciación entre los conceptos de “experiencia profesional” y “antigüedad” en la valoración de los procesos selectivos.

En la **STS, Sec. 7ª, 28-09-2012 (Rc 2536/2011)** (y en sentido análogo, en la **STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 04-07-2012 (Rc 4798/2010)**), el Tribunal Supremo invoca los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas para concluir que, en base a los mismos, es preciso que exista una correspondencia o correlación entre, de una parte, las aptitudes, conocimientos y experiencias que sean valorados en el correspondiente proceso selectivo de acceso y, de otra, los cometidos de la plaza o puesto a cuyo acceso se aspira. En el supuesto de autos han de valorarse los servicios prestados en un centro regional de transfusión sanguínea por ser una función que no resulta encuadrable en ninguna de las especialidades médicas previstas legalmente y distintas de las de medicina familiar y comunitaria, además de ser una función con grandes semejanzas con los cometidos de los médicos de familia y porque la función de “verificar la aptitud del donante para la donación y la vigilancia del proceso” propia de un centro de transfusión sanguínea no está muy lejana de esa primera asistencia médica que ha caracterizado a los médicos de familia; de hecho, en los citados centros de transfusión son contratados o nombrados médicos de familia, lo que equivale a aceptar que es la actual especialización médica con la que guardan más semejanza.

Y esta valoración correcta que ha de hacerse de las aptitudes, conocimientos y experiencias en un proceso selectivo es ajeno, según el Tribunal Supremo, al ámbito que se ha venido delimitando para la denominada discrecionalidad técnica, pues, al estar referido a regulaciones jurídicas de funciones profesionales, encarna esos elementos reglados que se han venido considerado situados en los “aledaños” del núcleo de decisión técnica.

En cualquier caso, se confirma la diferencia sustantiva entre los conceptos de “experiencia profesional” y “antigüedad” en la valoración de los procesos selectivos. El primero de dichos conceptos se refiere al tiempo efectivo de servicios en cuanto que puede reflejar la aptitud o capacidad del aspirante para desempeñar una función o empleo público, además de suponer en ese desempeño un mérito que puede ser reconocido y valorado por la Administración; además se busca la correlación de la experiencia de los puestos a valorar con aquellos que se pretende cubrir en la convocatoria. El segundo de los conceptos (“antigüedad”) se refiere por el contrario al tiempo de vinculación funcional con la Administración, sin atender al contenido material de la función que desempeñe.

10.7. Valoración de méritos de formación en un concurso-oposición (valoración de cursos directamente relacionados con el temario de acceso al cuerpo). Discrecionalidad técnica y alcance de la revisión jurisdiccional de la misma. Motivación de la actuación administrativa de los órganos de selección.

La STS, Sec. 7ª, 15-10-2012 (Rc 4326/2011) estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de instancia que consideró que la valoración de cursos directamente relacionados con el temario de acceso al cuerpo correspondiente, por tratarse de conocimientos técnicos, tiene cabida en la denominada discrecionalidad técnica que no puede ser objeto de control judicial por escapar a los conocimientos propios de los órganos administrativos ordinarios o jurisdiccionales. Se trataba, según el Tribunal *a quo*, de la aplicación de conceptos (“relación directa”) que implican la utilización de criterios valorativos que permitan decidir sobre la procedencia del cómputo del mérito alegado en el apartado correspondiente, lo que entraña un juicio de discrecionalidad técnica. El Tribunal de instancia evoca al Tribunal Constitucional cuando consagra que los órganos jurisdiccionales “están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más”, no siendo jurídica la determinación que habría que realizar un Tribunal de Justicia a los fines de decidir si se da esa necesaria relación directa, toda vez que la falta de identidad existente entre la denominación de los distintos temas del curso que se pretende sea valorado y los temas del programa de acceso del proceso selectivo impide calificar como “error patente” la no valoración que se impugna, siendo sólo la producción de éste o la inobservancia de los elementos reglados lo que permite revocar en sede judicial la decisión técnica, pues fuera de esos supuestos cualquier declaración comportaría una valoración técnica que no compete a los Tribunales así como la sustitución infundada de la emitida por el órgano competente.

El Tribunal Supremo, por el contrario, considera que el órgano a quo prescinde del dato de no haber explicación concreta alguna por parte de la Administración Pública de por qué no se ha apreciado la conexión material entre el temario del programa de acceso al cuerpo correspondiente y el curso de formación que pretende la parte recurrente que sea valorado, sobre todo teniendo en cuenta que éste último versa sobre cuestiones medioambientales y parecen coincidir contenidos de uno y otro. Analizando las materias del temario y las impartidas en el curso de formación que se pide valorar, el Alto Tribunal concluye que hay coincidencias apreciables a primera vista que sientan, cuando menos, una apariencia favorable a la pretensión del recurrente que, para ser desvirtuada, habría requerido de la Administración una explicación de por qué, pese a ella, no existía, en realidad, la relación directa que reclaman las bases de la convocatoria para conceder la puntuación que se reclama.

El TS recuerda que la jurisprudencia viene reclamando a los órganos de selección una motivación que no se limite a la expresión de una puntuación o calificación, sino que ofrezca las razones que han conducido a ella cuando sea objeto de reclamación. El control de legalidad de la actuación administrativa de

un tribunal calificador de un proceso selectivo no permite determinar el acierto o desacierto de un juicio técnico, pero sí comprobar que no está afectada de arbitrariedad por sustentarse en una motivación que no sea irrazonable. Motivación que, en supuestos como el de autos, ha de ser más intensa desde el momento en que existe una apariencia de relación entre curso y temario.

10.8. Valoración de méritos en un concurso (valoración del trabajo desarrollado). Valoración del tiempo de servicios prestado provisionalmente, bien en comisión de servicios, bien en adscripción provisional, para consolidar el grado personal correspondiente al puesto propio del funcionario o, en los casos de supresión de puestos de trabajo, del nivel del puesto amortizado. Valoración de ese tiempo de servicios como mérito.

El Tribunal Supremo, en la **STS, Sec. 7ª, 22-10-2012 (Rc 301/2011)** recuerda que la jurisprudencia ha distinguido, en materia de consolidación del grado personal por el desempeño de un puesto de trabajo, entre el desempeño definitivo de puestos de trabajo obtenidos por el funcionario mediante los sistemas de concurso y de libre designación y el desempeño de los que se ejercen con carácter provisional, bien sea en comisión de servicios o en adscripción provisional, negando que en estas situaciones provisorias, salvo en determinadas excepciones, dicho desempeño sirva para consolidar grado. Ahora bien, el Alto Tribunal precisa que de esta doctrina no puede extraerse que todo el tiempo de servicios efectivamente prestado en dichos puestos no deba tener incidencia en la carrera profesional del funcionario concernido, quedando al margen de toda consideración. Al contrario, el que dicho desempeño provisional de puestos no sirva, con carácter general, para consolidar el grado del puesto de trabajo provisionalmente ocupado, no impide que compute a efectos de consolidación del grado personal que corresponda al nivel del puesto propio del funcionario o, en los casos de supresión de puestos de trabajo, del nivel del puesto amortizado.

En definitiva, si bien se reconoce que en la asignación de puestos de trabajo con carácter provisional no están presentes los principios de mérito y capacidad en igual medida que en los casos de cobertura mediante el concurso y la libre designación, lo cierto es que estas formas provisionales de provisión de puestos de trabajo nacen, en principio, para atender necesidades organizativas perentorias de la Administración Pública correspondiente, siendo innegable que durante su desempeño el funcionario adquiere una experiencia y un bagaje de conocimientos con indudable reflejo en su perfil profesional, por lo que nada impide que esos servicios sean considerados como un mérito. Por tanto, la consideración de los servicios prestados en puestos provisionales en pie de igualdad con los prestados en puestos asignados mediante el concurso o la libre designación para el cómputo del mérito referido al historial profesional del funcionario no supone la infracción del principio de igualdad ni tampoco del de mérito y capacidad.

11. Poder Judicial. Administración de Justicia.

11.1. No siempre los mismos criterios sirven para decidir válidamente el nombramiento de un Magistrado para un cargo discrecional. No existe desigualdad de trato porque el criterio que, entre otros, sirvió para un nombramiento no resulte determinante en los sucesivos que se hayan de producir.

En la **STS, Sec. 7ª, 04-03-2013 (Rca nº 304/2011)** la Sala descarta la desigualdad de trato invocada por el Magistrado solicitante de la plaza, aún siendo el más antiguo de los aspirantes y habiendo sido Letrado del Tribunal Constitucional, pues aunque es verdad que en otros concursos se tuvieron en cuenta dichas circunstancias como justificantes de la elección de los Magistrados que fueron nombrados “(...) sucede, no obstante, que cuando de la provisión de plazas judiciales de esta naturaleza se trata, las circunstancias de cada caso permiten explicar que un mismo criterio que sirve para decidir válidamente una elección, no se aplique en otra distinta. En efecto, es perfectamente ajustado al artículo 23.2 de la Constitución, en el que se integra el principio de igualdad en lo relativo al acceso a los cargos públicos, proveer una plaza de presidente de la Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia en virtud del criterio de la antigüedad en conjunción con otros. Y es igualmente respetuoso con ese precepto valorar a los mismos efectos haber sido letrado del Tribunal Constitucional. Esto no significa, sin embargo, que siempre se deba preferir al más antiguo ni a quien ha sido letrado del Tribunal Constitucional porque pueden utilizarse otros factores de peso equivalente siempre en función de los méritos que concurran en quienes pidan la plaza en cuestión. En este caso, ha pesado la condición de letrado del Consejo General del Poder Judicial que tuvo el elegido pero eso no quiere decir que en otra elección futura haberlo sido determine la decisión sobre el nombramiento” (FD 7º).

11.2. El imputado en un procedimiento penal carece de legitimación para impugnar el acuerdo de la Comisión Permanente que concedió al magistrado instructor de las mismas y que había sido destinado a otro órgano judicial, comisión de servicio sin relevación de funciones por tres meses. No resulta acreditada la ventaja o la evitación de un perjuicio que se derivaría en el caso en que sus pretensiones fueran estimadas.

La Sala en su **STS, Sec. 7ª, 04-03-2013 (Rca 547/2011)** considera correcta la inadmisión del recurso de alzada resuelta por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ya que no ha justificado que de la estimación de sus pretensiones resultara para él una ventaja o la evitación de un perjuicio pues la comisión de servicio, que se trata de una medida expresamente prevista por la Ley Orgánica del Poder Judicial, no alteró su posición jurídica en el proceso penal de referencia. Tal medida “(...) como hemos dicho en las sentencias de 3 y 6 de noviembre de 2009 invocadas por el Sr. Fernández Camero --a propósito de un proceso de características parecidas al del que se sigue en el Juzgado de Arrecife y citando la sentencia del Tribunal Constitucional

238/1998--, no lesiona el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley la concesión, cuando circunstancias de especial necesidad lo exigen, de una comisión de servicio para que el instructor destinado a otro órgano judicial continúe para culminarla, la instrucción que estaba realizando en el Juzgado de origen aunque éste tenga ya otro titular.

En este sentido, prosigue la Sala señalando que la manera de combatir las irregularidades que pudieran haberse cometido en las diligencias previas, no es mediante un recurso de alzada y el posterior recurso contencioso-administrativo pues de la comisión de servicio, en efecto, no resultan consecuencias para el juicio penal ya que, en principio, es indiferente la persona que esté al frente del Juzgado al que corresponde la instrucción. El deber de recurrente era combatirlas dentro del mismo proceso penal mediante los recursos previstos al efecto en la legislación que lo regula.

Y concluye diciendo que “*el hecho de que el Consejo General del Poder Judicial tuviera al Sr. Fernández Camero como interesado a los efectos de comunicarle el acuerdo de la Comisión Permanente discutido no supone, como bien explica el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, reconocerle legitimación. Se trata de dos situaciones diferentes, la del interesado en acceder a las resoluciones judiciales y la de quien tiene legitimación para impugnarlas. En el primer caso, basta con que de cualquier manera se refiera a él o le afecte. En el segundo, según el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es necesario que sea titular de un derecho o interés legítimo cuya suerte dependa de la legalidad de una determinada actuación administrativa. El legitimado es, sin duda, interesado pero no sucede lo mismo a la inversa: el interesado del artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es, por esa sola condición, el legitimado para impugnar actuaciones de la Administración. Para ello hace falta, además, la señalada titularidad de un derecho a interés legítimo*” (FD 4º).

11.3. Concurso de acceso a la carrera judicial por la categoría de Magistrado. La puntuación mínima establecida en el concurso de acceso para determinar los candidatos que deben ser convocados a la fase de entrevista tiene como único fin limitar el número de aspirantes que pueden participar en esa fase del proceso selectivo. Dicho límite no puede operar en las valoraciones definitivas de las posteriores fases del proceso selectivo.

En su **STS, Sec. 7ª, 10-10-2012 (Rca 546/2011)**, la Sala estima el recurso promovido pues, de la literalidad de ese artículo 313.7 LOPJ, la funcionalidad de esa puntuación mínima que el Tribunal Calificador puede establecer tan sólo para determinar los candidatos que deben ser convocados a la entrevista, queda limitada a esa fase pero no cabe extrapolar dicho límite a las restantes fases del proceso selectivo.

Ello pone de manifiesto, según continúa la sentencia, “*(...) que se trata de una medida dirigida tan solo a agilizar el proceso selectivo cuando se advierta un desproporción entre el número de plazas convocadas y el de*

participantes en el proceso selectivo, y consistente en excluir de la evaluación que ha de llevarse a cabo en las posteriores fases del proceso selectivo a aquellos aspirantes cuyos méritos, en un simple análisis externo, revelen que carecen de expectativas de superar el proceso selectivo.

Acude la Sala, en segundo lugar, a la literalidad de las propias bases que rigieron el proceso selectivo litigioso para corroborar, a la vista de su contenido, que el alcance de tal puntuación no puede operar en otras fase del proceso selectivo pues lo circunscribe solamente a la superación de "esta primera fase del concurso" (fase de valoración). Como dice la sentencia "(...) *En las restantes bases, y más concretamente en el apartado "G.3 Entrevista de acreditación de méritos" de la misma Base primera, no se establece que aquella inicial puntuación mínima, que fue fijada para poder ser convocado a la fase de dictamen, haya de operar también para que pueda ser computada la calificación definitiva de los méritos que ha de efectuarse tras la entrevista*" (FD 4º).

11.4. Cese en el puesto de juez sustituta. Decisión procedente por haberse apreciado correctamente la causa de incompatibilidad del art. 393 LOPJ (ejercicio de la abogacía en el juzgado donde se actúa en los dos años anteriores).

La Sala en la **STS, Sec. 7ª, 29-06-2012 (Rca 60/2010)** descarta que la finalidad de la causa de incompatibilidad recogida en el referido artículo 393 sea la de salvaguardar la imparcialidad del Juez en procesos concretos, ya que el mecanismo legalmente previsto para lograr ese objetivo es la institución de la abstención/recusación. Por el contrario, la principal finalidad de dicha incompatibilidad es la de asegurar la imagen externa de imparcialidad que todo Juez ha de ofrecer a la ciudadanía para que no quiebre la confianza social en la Administración de Justicia que, como reiteradamente ha declarado este Tribunal Supremo en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye un elemento esencial del modelo de Estado de Derecho. También se pretende evitar la apariencia de la implicación del Juez en conflictos de intereses que, en un tiempo próximo al de su nombramiento y ejercicio judicial, hayan tenido lugar en el territorio donde tiene que desarrollar su jurisdicción, con el fin de que esa apariencia no despierte recelos en los ciudadanos que puedan destruir esa confianza.

Partiendo de dicha premisa, rechaza la argumentación principal de la demanda pues "(...) *El artículo 393.3 de la LOPJ no exige habitualidad ni una especial intensidad en el ejercicio de la Abogacía cuya incompatibilidad establece, lo cual significa que proclama esa incompatibilidad aun en los casos de ejercicio aislado y cualquiera que haya sido la entidad de la intervención profesional. Así resulta de la literalidad del precepto que, por otra parte, es conforme con esa finalidad de la incompatibilidad que antes se ha resaltado.*

Por tanto, esa única intervención en el acto del juicio oral que directamente menciona el acuerdo es suficiente por sí sola para encarnar la incompatibilidad aplicada" (FD 4º).

11.5. Magistrado ingresado en la Carrera Judicial por el cuarto turno en convocatoria para plazas del orden civil. Correcta exclusión del concurso para la cobertura de plazas de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción al tratarse de órganos con jurisdicción mixta. Limitación para plazas del orden civil.

En la **STS, Sec. 7ª, 13-06-2012 (Rca 46/2012)** la Sala extrae una primera conclusión de la interpretación conjunta de los artículos 311 (apartados 3 y 6) y 313 (apartado 5) de la Ley Orgánica del Poder Judicial "(...) que la limitación de las convocatorias de concurso autorizada por el primer precepto está referida a las materias de concretos ordenes jurisdiccionales; y, efectuada la convocatoria con dicha limitación, "Sólo podrán apreciarse (...) los méritos que, estando comprendidos en el baremo, guarden relación con las materias propias del orden jurisdiccional a que se refiere la convocatoria del concurso" (artículo 313.5)".

Esta conclusión, desde una perspectiva finalista, supone que "(...) a) la aptitud para el ejercicio de la Carrera Judicial a cuya demostración están dirigidos esos "concursos limitados" está solamente referida al concreto orden jurisdiccional de la convocatoria; b) una lógica consecuencia de lo anterior es que, mediante esos "concursos limitados", no se acredita ni reconoce aptitud para el ejercicio judicial en ordenes jurisdiccionales distintos al de la convocatoria; c) la última derivación de lo anterior es que esa falta de aptitud operará en cualquier órgano que tenga asignado ese orden jurisdiccional distinto, esto es, tanto en los órganos dedicados a él en exclusiva como en aquellos órganos mixtos que lo desempeñan conjuntamente con el concreto orden de la convocatoria; y d) confirma lo que antecede la existencia de convocatorias de acceso a la carrera judicial referidas no sólo a las materias del orden civil sino a las "de los órganos con jurisdicción civil y penal compartida" (como la publicada en el BOE de 29 de julio de 2011)".

Por ello, finaliza señalando que la tesis que sostiene el recurrente se aparta de la literalidad y finalidad de los referidos preceptos que únicamente tratan de circunscribir la aptitud reconocida al concreto orden jurisdiccional a que se limita la convocatoria.

11.6. Imposibilidad de limitar el llamamiento de un Juez sustituto exclusivamente a los días de señalamiento. El llamamiento debe extenderse a todo el período que abarque la ausencia del Juez titular.

La Sala en su **STS, Sec. 7ª, 10-07-2012 (Rca 595/2011)** resuelve la cuestión de si planteada la necesidad de sustitución de un Juez titular de un determinado Juzgado, por concurrir alguno de los supuestos del artículo 207 de la LOPJ, el vacío ocasionado por la ausencia del Juez titular, puede, en principio, no ser considerada en su unidad, sino descomponerse en días: unos de posible sustitución por un Juez titular de otro Juzgado, conforme a lo dispuesto en los artículos 210 y 211 de la LOPJ; y otros mediante el llamamiento de un Juez sustituto, conforme a lo dispuesto en el artículo 212 de

la LOPJ, limitando en este caso el llamamiento del Juez sustituto exclusivamente a los días en que existan señalamientos hechos por el Juez titular del Juzgado ausente. La Sala llega a la conclusión de que tal limitado señalamiento es contrario a derecho y a la de que el llamamiento debe extenderse a todo el periodo de la ausencia del Juez titular.

Esa solución se alcanza tras apuntar y analizar la Sala las diversas consecuencias que resultan de cada una de las alternativas que se derivan del hecho de que se llame a los Jueces sustitutos exclusivamente para los días de los señalamientos. Para la Sala *"(...) si se acepta tal posibilidad, y habida cuenta que la función jurisdiccional del Juez sustituido, según lo dispuesto en el art. 212.1 LOPJ, se refiere a "las funciones inherentes a su Juzgado", resultará que la de dictar las sentencias y demás resoluciones correspondientes a los referidos señalamientos, (que es precisamente la función jurisdiccional más genuina, y para cuyo cometido las leyes procesales establecen unos plazos posteriores a la vistas, de diferente duración según los casos) o bien quedará fuera del límite temporal de los días de los señalamientos y por tanto la sustitución no cubriría tal función; o bien las resoluciones, para estar cubiertas por la sustitución por el Juez sustituto, deberán dictarse en el mismo día de los señalamientos; o bien deberán ser dictadas en el plazo que corresponda por quien, pese a haber intervenido en las vistas de los procesos objeto de los señalamientos, carece ya en ese tiempo de potestad jurisdiccional.*

En el primer caso, si la sustitución no cubre la función de dictar las correspondientes sentencias y resoluciones, carecería de sentido la sustitución y además no sería conforme a lo dispuesto en el art. 212.1, pues el sustituto no desempeñaría "las funciones inherentes a su Juzgado", sino exclusivamente una de ellas. Ello a parte de que la función no atendida por el sustituto deberá serlo por otro Juez, que no podrá dictar sentencia en asuntos que no ha visto, por lo que será necesario proceder a nuevo señalamiento. Lo que pone de manifiesto la absoluta inutilidad de la sustitución, y la inadecuación a derecho de una interpretación de la Ley con arreglo a la cual el fin legal para el que se establece la sustitución no se alcanza. Estaríamos, pues, ante una interpretación contraria a la finalidad de la ley, que no se ajustaría a la pauta interpretativa que fija el art. 3.1 Código Civil.

En el segundo caso; esto es, en el de que las resoluciones debieran dictarse por el Juez sustituto en los mismos días de los señalamientos, se impondría al sustituto un deber de celeridad para el dictado de las resoluciones, sin la más mínima base legal para ello, y una alteración directamente ilegal del plazo para dictar dichas resoluciones, solución que, por contraria a la ley, debe rechazarse.

Finalmente en el tercer caso el hecho de que quien dictase la resolución careciera de potestad jurisdiccional haría contraria a derecho la resolución dictada por él, por lo que la alternativa referida, que es precisamente la que en este caso está en cuestión, resulta rechazable. En modo alguno podría pretenderse cubrir esta alternativa, en una especie de forzada analogía, por lo dispuesto en el art. 256 de la LOPJ, pues está claro que tal previsión, alusiva a los supuestos de Jueces o Magistrados que pierdan su jurisdicción en el

órgano jurisdiccional en el que hubieran participado en la vista de un pleito, se refiere a miembros de la Carrera Judicial, que no es el caso de los Jueces sustitutos.

Esta tercera solución, aparte de por el vicio radical que se ha señalado, resultaría además contraria a la equidad, pauta de obligada consideración en la aplicación de las normas, conforme a lo ordenado por el art. 3.2 de CC, pues no es admisible que quien es llamado para prestar un servicio jurisdiccional, que con arreglo a la ley debe ser remunerado (art. 212.3 LOPJ), resulte no serlo por el cometido más comprometido del mismo, tanto en cuanto al esfuerzo laboral que conlleva, como a las responsabilidades que en el pueden contraerse” (FD 4º).

11.7. Reconocimiento de los trienios correspondientes al tiempo de ejercicio de funciones judiciales por jueces sustitutos. Estimación procedente una vez anulado por la STS de 8 de noviembre de 2012 (cuestión de ilegalidad 1/2012) el artículo 5.4 b) del Real Decreto 431/2004, de 12 de marzo. STS de 29 de abril de 2013 (Rc 226/2012).

La Sala en su **STS, Sec. 7ª, de 29-04-2013 (Rc 226/2012)** reconoce, con base en lo ya resuelto en su sentencia de 8 de noviembre de 2012 (cuestión de ilegalidad 1/2012) el derecho de los actores, jueces sustitutos, a que se les reconozcan los trienios. Tras reiterar las conclusiones sentadas en dicho precedente que, en esencia, fueron las de que el Real Decreto 431/2004 discriminaba retributivamente a los jueces sustitutos y a los magistrados suplentes al no existir diferencias entre las respectivas posiciones de los actores y de los miembros de la Carrera Judicial en cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional, apreciando así una desigualdad injustificada y una infracción, en consecuencia, del artículo 23.2 de la Constitución. Continuaba señalando que “(...) Además, en la medida en que la sentencia afirma que los preceptos cuestionados del Real Decreto 431/2004 se oponen al Acuerdo Marco incorporado por la Directiva 1999/70/CE y los anula, da satisfacción a parte de las pretensiones aquí esgrimidas por los recurrentes: las relativas a la anulación del artículo 5.4 a) de dicha disposición general y la alternativa del planteamiento de la cuestión prejudicial”.

En cuanto al alcance del fallo, la Sala les reconoce el derecho a percibir las cantidades que por trienios hubieran debido serles abonadas por aplicación del artículo 4.2 de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal, no por todo el período que abarcó el señalamiento sino únicamente por el tiempo en que efectivamente actuaron como jueces sustitutos. Y en cuanto a la prescripción de las percepciones debidas más allá de los cuatro años a que se refiere el artículo 25 de la Ley General Presupuestaria, la Sala considera que “(...) rocede apreciarla, habida cuenta de que efectivamente los recurrentes pudieron reclamarlas con anterioridad. En consecuencia, solamente se les deberán reconocer las cantidades correspondientes a los cuatro años anteriores a sus solicitudes y las relativas a los periodos que van desde ese momento hasta que hayan cesado en el ejercicio de la jurisdicción” (FD 6º y 7º).

12. Propiedades especiales

12.1. Propiedad industrial: Marcas. Estimación del recurso de casación por infracción normativa –Art. 5.1 b) y c) de la Ley 17/2001, de Marcas- de la sentencia impugnada. Estimación del recurso contencioso-administrativo por el carácter genérico de la marca mixta número 2762674 “CENTROCOMERCIAL.ES” para el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, especialmente telemáticas, servicios de transmisión y recepción de mensajes e imágenes por ordenador, y servicios de comunicación accesibles vía redes mundiales informáticas, solicitada en clase 38 del Nomenclátor Internacional. Los aditamentos de la marca no comunican carácter distintivo al signo. La prohibición absoluta contenida en el art 5.1 de la Ley de Marcas puede ser alegada en vía administrativa y jurisdiccional, con independencia del examen de oficio de esas prohibiciones que ha de realizar la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM).

La STS, Sec. 3ª, 27-05-2013 (Rc 2809/2012) estima el recurso de casación y casa la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el primero de los motivos del recurso, casa la sentencia y estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Española de Centros Comerciales contra la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas de 4 de Agosto de 2008.

La Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) había concedido la inscripción de la marca mixta número 2762674 “CENTROCOMERCIAL.ES” solicitada en clase 38 del Nomenclátor Internacional para servicios de telecomunicaciones, especialmente telemáticas, servicios de transmisión y recepción de mensajes e imágenes por ordenador, y servicios de comunicación accesibles vía redes mundiales informáticas, por acuerdo de 14 de abril de 2008. Recurrido en alzada, el órgano administrativo confirmó la concesión de la marca, por resolución posterior de fecha, 4 de agosto de 2008.

La Asociación Española de Centros Comerciales interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la OEPM de 4 de agosto de 2008, invocando la aplicación de las prohibiciones absolutas contenidas en las letras b) y c) del art 5.1, y la relativa del art 6.1 b), de la Ley de Marcas. La Sala de instancia consideró que no procedía referirse a prohibición absoluta alguna, no alegada en el expediente administrativo ni objeto de las resoluciones impugnadas por la demandante, y desestimó la pretensión de la asociación impugnante por inexistencia de error o confusión en el mercado en relación con los registros oponentes.

La Sentencia fue recurrida en casación por dos motivos, ambos al amparo del art 88.1 d) de la LJCA. En el primero, que fue estimado por el Tribunal de casación, se alegó infracción de las letras b) y c) del número 1 del artículo 5 de la Ley de Marcas de 2001, y la jurisprudencia que lo interpreta. La

Sala aprecia la genericidad de la marca. Se detiene en el examen de la denominación «centro comercial», y la califica de expresión habitual, en el lenguaje común, para designar los edificios o instalaciones donde concurren diversos comercios, y, con frecuencia, establecimientos de ocio, por lo que carecería de aptitud para acceder a registro a menos que los otros elementos que la integran la dotaran de carácter distintivo. Estudia los aditamentos de la marca en cuestión y razona que no disponen de tal cualidad. Afirma que el elemento «.es» indica en internet el origen geográfico de un dominio, y forma parte del nombre de las páginas o sitios de origen español. Valora la composición del gráfico que acompaña a la denominación como escasamente distintiva por consistir en *“unos escasos trazos sin alcance figurativo”*. Analiza la marca desde el prisma de su significado o evocación y al ponerla en relación con el ámbito aplicativo reivindicado declara que *“carece de distintividad, en cuanto no cumple la esencial función de permitir al consumidor la segura identificación y reconocimiento del origen empresarial de los servicios”* (FJ2º)

12.2. Propiedad industrial: Marcas. Estimación del recurso de casación por incongruencia omisiva de la sentencia impugnada. Desestimación del recurso contencioso-administrativo porque la alegación por la demandante de la concurrencia de una causa de nulidad absoluta en las marcas oponentes resulta improcedente plantearla como simple excepción en el proceso contencioso, y, en todo caso, o bien debería haberse hecho valer formulando los recursos procedentes tras la concesión administrativa o bien haber ejercitado la correspondiente acción de nulidad.

La **STS, Sec. 3ª, 03-06-2013, RC 1775/2012**, estima el recurso de casación y casa la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 901/2008, sobre denegación de inscripción de marca número 2736565 “IMAFE” mixta, solicitada en clase 41, para “servicios de educación y formación”. La Sala estima el primero de los motivos del recurso de casación, formulado por la recurrente al amparo del art. 88.1 c) de la LJCA, porque el Tribunal territorial eludió pronunciarse sobre la nulidad de las marcas oponentes, el primero y principal motivo de impugnación de la resolución administrativa denegatoria de la marca pretendida, dictada por la Oficina Española de Patentes y Marcas.

Casada la sentencia, la Sala resuelve la primera de las pretensiones de la demandante declarando improcedente la articulación de una excepción consistente en la alegación de la concurrencia, en las marcas causantes de la denegación de la pretendida, de una causa de nulidad absoluta.

El Alto Tribunal indica las vías procedentes para plantear la nulidad de los registros, una vez producida la concesión administrativa, y la oponibilidad de una marca registrada mientras perviva su inscripción registral.

En el fundamento jurídico tercero de la Sentencia, se contiene la ratio decidendi sobre el primero de los motivos planteados, con el siguiente tenor: *“Pues bien, sobre la primera pretensión que dedujo la actora, debe anticiparse*

la improcedencia de aceptar la alegación de la nulidad de las marcas oponentes como causa de anulación del acto recurrido.

La concurrencia de una prohibición absoluta en una marca vigente y registrada ha de hacerse valer mediante los recursos procedentes contra el acto de registro de esa marca o el ejercicio de la acción de nulidad, pero no es admisible la articulación de este derecho como simple excepción a la oposición que puede formular el titular de la marca supuestamente nula a un nuevo registro que considera incompatible. Como prevé el artículo 51 de la citada Ley de Marcas, la declaración de nulidad de una marca registrada exige el ejercicio de la oportuna acción en un proceso autónomo y ante la jurisdicción competente, que es la Civil. Es la declaración firme de nulidad recaída en ese proceso lo que genera la cancelación del registro (artículo 61.2 y 3). El mero hecho del registro, o los actos a él asimilados determinantes de la prioridad, produce la adquisición de los derechos por el titular de la marca (artículo 34.1 de la misma Ley, en consonancia con el citado artículo 61.2 y 3, así como el 4.2 del Convenio de París y el artículo 29.2 del vigente Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria); y vigente el registro, el derecho del titular comprende la facultad de impedir la inscripción de marcas similares por aplicación del artículo 19.1 de la Ley de Marcas.

Además, la adopción por esta Sala de una decisión sobre si las marcas opuestas están afectadas de causas de prohibición absoluta de registro, implicaría revisar un acto administrativo que ha devenido consentido y firme por no haber sido impugnado, como es el de inscripción registral dictado en su día por la Oficina de Patentes y Marcas.

La entidad actora aportó en apoyo de la concurrencia de las prohibiciones absolutas la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Madrid, de fecha 23 de enero de 2013. La sentencia aprecia la concurrencia de la prohibición del artículo 5.1.i) de la Ley de Marcas en la marca oponente 2.427.710, «IMF Formación», pero no realiza declaración formal de nulidad a causa de no haberse formulado reconvención en tal sentido. De cualquier modo, lo declarado por el Juzgado de lo Mercantil dispone de escasa transcendencia en este litigio si consideramos que no consta la firmeza de la sentencia (artículo 61.2 antes mencionado) y recae únicamente sobre una de las dos marcas que determinaron la denegación del nuevo distintivo (tal como precisa la sentencia del Juzgado de lo Mercantil en el comienzo del cuarto fundamento de Derecho), cuando, como después se verá, basta con una de ellas para apreciar la incompatibilidad que se discute por la recurrente.” (FJ3º)

12.3. Propiedad industrial: Marca nacional. Oposición de marcas comunitarias. Determinación de la prioridad en la legislación nacional y en el Reglamento de marca comunitaria. Precisiones de cada normativa. Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

Interpretación del art 27 del Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la Marca comunitaria.

En la **STS, Sec. 3ª, 20-07-2012 (Rc 1724/2008)** la Sala estima el recurso de casación interpuesto por Génesis Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, (en adelante Génesis) y desestima el recurso contencioso interpuesto por la citada entidad, que se opuso a la concesión de la marca nacional 2571979 «RIZO'S», en la clase 28 del Nomenclátor internacional con base en sus marcas comunitarias, ambas denominativas, RIZO nº 3543361, para las clases 16, 28, 35 y 36 del Nomenclátor, y RIZO, EL ERIZO nº 3543386 para las clases 16, 35 y 36.

La Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) había acordado la concesión de la marca RIZO'S y confirmado su resolución en alzada. Las marcas oponentes habían sido presentadas al registro en la mañana del día 12 de diciembre de 2003, a las 11,52 y 12,13 horas, respectivamente, por vía electrónica, ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI). La marca pretendida había sido solicitada ante la OEPM a las 17,45 horas del mismo día 12 de diciembre de 2003. La OEPM rechazó la oposición por considerar que aunque las marcas comunitarias de Génesis habían sido presentadas el 12 de diciembre de 2003, la OAMI no les había concedido fecha de presentación hasta el 7 de enero de 2004, fecha a la que debía estarse para determinar la prioridad. Por tanto, para el órgano administrativo no resultaban prioritarias sino posteriores a la marca RIZO'S.

Impugnada la resolución por la oponente y demandante, Génesis, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó Sentencia desestimatoria el 7 de febrero de 2008, por considerar que la marca nacional aspirante es prioritaria a las oponentes. La Sala territorial argumenta que la fecha de presentación de las marcas comunitarias es la de la presentación de los documentos exigibles a tenor del art 26 del Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la Marca comunitaria, y no la de la solicitud por vía electrónica. Este matiz lo expresa así: *[...] Es decir no se pone en duda que en la solicitud por vía electrónica consten los datos necesarios exigidos, pero la fecha de presentación no se determinará hasta que se presenten los documentos que contengan los datos enviados electrónicamente.* Esta interpretación afecta al derecho de prioridad de las marcas comunitarias porque la fecha de prioridad que les reconoce es la de 7 de enero de 2004, y no la del día de su presentación telemática. Con esta premisa, confirma la resolución administrativa y declara que *[...] es correcta la resolución impugnada en cuanto que tiene prioridad la marca nacional, aquí impugnada”.*

La entidad Génesis recurre en casación por tres motivos. En el tercero se imputaba a la Sentencia incongruencia omisiva, por haber eludido el pronunciamiento relativo al riesgo de confusión de las marcas, y, falta de motivación, por no haber efectuado ningún razonamiento acerca del certificado de la OAMI que acredita la fecha de presentación de las marcas comunitarias

oponentes. El motivo fue desestimado por el Tribunal de casación por entender que la razón de decidir de la Sala de instancia reside en la falta de prioridad de las marcas oponentes y no en el riesgo de confundibilidad, y considerar que la Certificación de la OAMI no ofrecía ningún elemento fáctico decisivo para la Sala, sino que constituía la expresión de una interpretación más del Derecho aplicable.

En el primero de los motivos -formulado al amparo del art 88.1 d) de la LJCA- se alegó infracción de los artículos 26 y 27 del Reglamento (CE) 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la Marca comunitaria, de la regla 82 del Reglamento (CE) 2868/95 de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995, por el que se establecen normas de ejecución del primer Reglamento citado, y del artículo 38 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El Tribunal de casación acoge el motivo y afirma la validez de la solicitud electrónica de la marca comunitaria, indica que el mencionado artículo 27 del Reglamento únicamente exige dos requisitos para que la OAMI asigne la fecha de presentación de una solicitud: que ésta se halle debidamente cumplimentada, es decir, que contenga los elementos que exige el artículo 26, y que el pago de la tasa se efectúe en el plazo de un mes, y que en ningún caso se requiere la posterior entrega de la solicitud y demás documentos en soporte papel. La Sala reconoce como fecha de prioridad, de las marcas oponentes, la de 12 de diciembre de 2003, atendiendo a que, según valoración del Tribunal de instancia en el ejercicio de su función, sus solicitudes cumplieron los requisitos exigibles. (FJ4º)

Casada la sentencia y en condición de Tribunal de instancia, la Sala desestima el recurso contencioso-administrativo por no poder apreciar que las marcas comunitarias oponentes “RIZO” nº 3543361, y “RIZO, EL ERIZO” nº 3543386 sean prioritarias a la marca nacional nº 2571979 “RIZO’S”.

En su fundamento quinto, la Sentencia expone la discordancia entre “*los medios para reconocer la prioridad*”. Indica que, si bien tanto la Ley 17/2001, de Marcas, como el Reglamento 40/94 acogen el principio registral prior in tempore, potior in iure, las determinaciones de la presentación de la solicitud son diferentes. La legislación española precisa el momento exacto de la solicitud, registrando el día, la hora y el minuto de la presentación (artículos 11.6 y 13 de la Ley 17/2001, y artículo 5 del Real Decreto 687/2002). El Reglamento comunitario sólo define la fecha de prioridad atendiendo al día de su presentación. Por ello, la Sala planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial que concluyó por Sentencia de 22 de marzo de 2012, asunto C-190/10, con esta declaración: «*El artículo 27 del Reglamento (CE) nº 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1992/2003, de 27 de octubre de 2003, debe interpretarse en el sentido de que no permite tomar en consideración -además del día- la hora y el minuto de presentación de la solicitud de marca comunitaria ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), a fin*

de determinar la anterioridad de tal marca en relación con una marca nacional presentada el mismo día, aun cuando, en virtud de la normativa nacional que regula el registro de esta última marca, la hora y el minuto de presentación sean elementos pertinentes a este respecto».

Siguiendo este criterio, la Sala no otorgó relevancia alguna ni a la hora ni al minuto de las presentaciones de las marcas comunitarias ni por tanto les reconoció un mejor derecho de prioridad respecto de la marca nacional. Consecuentemente, aquéllas no son anteriores a la solicitada, la oposición carece de virtualidad y no es aplicable a la marca RIZO'S la prohibición relativa contenida en el art 6.1 de la Ley de Marcas. (FJ5º).

12.4. Propiedad industrial: Certificados complementarios de protección para los medicamentos. Interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de septiembre de 1999, asunto C-392/1997, que al resolver una cuestión prejudicial con motivo de la interpretación de diversos preceptos de dicho Reglamento 1768/92, declaró que “siempre que un producto, en la forma mencionada en la autorización de comercialización, esté protegido por una patente de base en vigor, el certificado puede amparar el producto, en concepto de medicamento, bajo todas las formas que estén comprendidas en el ámbito de protección de la patente de base.

La **STS, Sec. 3ª, 28-09-2012 (Rc 6362/2011)** desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia estimatoria dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso número 277/2008, sobre Certificado complementario de protección del medicamento Garinelix o sales farmacéuticamente aceptables del mismo. Se trata de un tema controvertido, con interés general y con tratamiento diverso por los correspondientes organismos europeos encargados de su expedición.

La Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) había concedido a Roche Palo Alto LLC (en adelante Roche) el certificado complementario únicamente para el medicamento Garinelix. Según el órgano resolutorio, el certificado ha de coincidir con el producto cuya comercialización ha sido autorizada, que en este caso responde a la denominación «Ganirelix», y ello sin perjuicio de que la protección del producto se extienda a las sales y a los ésteres de aquél. En la patente base de Roche figura, en la reivindicación 23, el producto Garinelix y sus sales farmacéuticamente aceptables.

Esta resolución fue recurrida por la entidad Roche, y la Sala de instancia estimó su pretensión de conformidad con la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su Sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto C-392/1997, resolvió una cuestión prejudicial planteada con

motivo de la interpretación de diversos preceptos de dicho Reglamento 1768/92. En ella se precisaba *“en particular, su artículo 3, letra b), debe interpretarse en el sentido de que siempre que un producto, en la forma mencionada en la autorización de comercialización, esté protegido por una patente de base en vigor, el certificado puede amparar el producto, en concepto de medicamento, bajo todas las formas que estén comprendidas en el ámbito de protección de la patente de base”*.

La Sala de Madrid, acuerda que las resoluciones administrativas impugnadas deben conceder el certificado complementario de protección *“con la mención expresa de que el mismo ha sido concedido para el producto protegido GANIRELIX o sales farmacéuticamente aceptables del mismo”*.

El Abogado del Estado formula recurso de casación por un único motivo, al amparo del art. 88.1 d) de la Ley Jurisdiccional, por entender que la Sentencia infringe los arts. 3.b y 11 del Reglamento CE 1768/1992. A su juicio, la expedición del certificado debe recaer sobre el producto identificado en la autorización –Orgalutran-Garinelix- y no puede ampliarse a sus sales farmacéuticas aunque la protección que otorga el certificado englobe las reivindicaciones que constan en la patente base, que comprenden las sales farmacéuticas del producto.

La Sentencia de la Sala, aplica la doctrina del TJUE, indica que según la literalidad de la declaración del Tribunal, el certificado puede amparar el producto bajo todas las formas comprendidas en la patente base, matizando que su único límite depende del contenido de esa patente, y confirma la resolución impugnada declarando que *“que el certificado complementario de protección no debe ajustarse necesariamente al contenido de la autorización de comercialización, sino eventualmente a todas las formas amparadas por la patente”*.

13. Responsabilidad patrimonial.

13.1. Responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria

Debemos comenzar esta Crónica haciendo una referencia a las sentencias citadas con ocasión de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial procedentes de la asistencia sanitaria

13.1.1. Exigencia de la infracción de la lex artis

En la **STS, Sec. 4ª, 09-10-2012 (Rc 40/2012)** se hace referencia a una reclamación formulada por las secuelas derivadas de una intervención de prótesis de rodilla y se centran los requisitos generales de esta forma de

responsabilidad afirmando que “Así lo hemos reiterado en nuestra Sentencia de 2 de noviembre de 2.011 (recurso 6.236/2.007), en la que, con referencia a las de 14 de octubre de 2.002 y 22 de diciembre de 2.001, expusimos que “en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1.999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto”. (FJ 2º)

13.1.2. La Administración no es aseguradora universal.

Con la finalidad de evitar los excesos que se han producido con ocasión de multitud de reclamaciones, en la misma **STS, Sec. 4ª, 09-10-2012 (Rc 40/2012)** se ha afirmado que *“frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2.009 (recurso 9.484/2.004), con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la lex artis, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles”.* (FJ 3º)

13.1.3. La solidaridad social como fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración en un supuesto de administración de una vacuna

La **STS, Sec. 4ª, 09-10-2012 (Rc 6878/2010)** ha afirmado en un caso de lesiones derivadas de la aplicación de una vacuna que resultó de obligada

aplicación al perjudicado en el curso de una campaña general de vacunación: *“el supuesto se manifiesta como una carga social que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar de manera individual, sino que ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanar de la programación de las campañas de vacunación dirigidas a toda la población, con las excepciones conocidas, y de modo especial a los distintos grupos de riesgos perfectamente caracterizados, pero de las que se beneficia en su conjunto toda la sociedad”*.

13.2. Información y consentimiento

En materia de INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO también podemos reseñar algunos pronunciamientos relevantes del Tribunal Supremo

13.2.1. Consideración de la falta de información como daño moral indemnizable

La **STS, Sec. 4ª, 13-11-2012 (Rc 5283/2011)** permite apreciar que en torno a la cuestión relativa a la falta de información como daño moral indemnizable los pronunciamientos del Tribunal son cada vez mas contundentes. Se examina en esta sentencia un caso en el que está acreditada la ausencia de consentimiento informado en un procedimiento de cardioversión eléctrica que termina causando accidente vascular isquémico y hemiplejia en el paciente. A la hora de fijar la procedencia de justificar la responsabilidad de la administración se afirma que *“Sobre la falta o ausencia del consentimiento informado, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar recientemente que “tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la “lex artis ad hoc”, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencia de 2 octubre 2.012, dictada en el recurso de casación 3.925/2.011, con cita de otras muchas)”*. (FJ 4)

13.2.2. Fijación del importe de la indemnización correspondiente por falta de información entre 30.000 y 60.000 euros.

Entre ellas cabe citar la misma dictada en el **(Rc 5283/2011)**, a la que nos acabamos de referir, y la **STS, Sec. 4º, 09-10-2012 (Rc 5450/2011)** que no

solo fija el importe indemnizatorio y establece una norma de general aplicación sino que detalla las razones por las que se fija la concreta indemnización atendiendo a las circunstancias del caso *“En relación con la cuantía otorgada por la sentencia de instancia, en base a la falta de consentimiento informado, hemos señalado en reiteradas resoluciones, como es el caso, que dicha omisión o insuficiencia puede dar lugar a indemnización, si bien ésta viene ligada a la existencia o no de mala praxis médica. Así, Respecto de la cuantía hemos señalado en nuestra sentencia de fecha 20 de marzo de 2012, recurso 2757/2010:*

“Pues bien, debemos comenzar afirmando que es reiterada la doctrina de nuestra Sala, entre otras, en las sentencias de quince de noviembre de dos mil dos , catorce de abril y dieciséis de mayo de dos mil tres, y dos de marzo de dos mil cuatro, que la cuantificación de la indemnización es una cuestión de hecho que corresponde fijar al Tribunal de instancia y por lo tanto, sólo podría tener acceso a la casación esta controversia en la forma en que los hechos declarados como probados por la sentencia impugnada sean combatidos a través de la invocación de normas o jurisprudencia sobre la apreciación de las pruebas, o cuando el resultado de la valoración de la Sala resulte contraria a la lógica, irracional o arbitraria. Así lo hemos afirmado en nuestra sentencia de 21 de mayo de 2010”.

En supuestos de inexistencia o insuficiencia de consentimiento informado, hemos fijado indemnizaciones que fluctúan entre los 30.000 y los 60.000 euros, y confirmado indemnizaciones mayores otorgadas por las Salas de instancia en función de las circunstancias del caso concreto. En este sentido la parte recurrida cita la sentencia de 21 de marzo de 2007 (recurso 7394/2002). En todo caso las cuantías obedecen a la casuística, en función de las consecuencias lesivas.

En el presente caso se fija la cuantía en 300.000,- euros, que la Sala entiende proporcionada a la entidad de las lesiones sufridas. Recoge la sentencia que el paciente quedó parapléjico a partir de la primera intervención, donde se hizo monitorización intraoperatoria, y se realizó la segunda intervención con este déficit, empeorando la lesión medular con la infección. Entidad de las lesiones y edad del paciente (19 años), relacionadas con la falta de consentimiento que, entendemos, debe llevar a confirmar la indemnización concedida. Apreciamos, en definitiva, que ésta es proporcional por las secuelas padecidas, la pérdida de oportunidad que refleja la sentencia y en función del riesgo que afrontó el paciente, sin la debida información constatada”. (FJ 4º)

13.2.3. El deber de información asistencial adquiere mayor intensidad cuando se trata de la denominada “medicina satisfactiva”.

Aunque se trata de una cuestión ya señalada con anterioridad por la jurisprudencia, la realidad es que esta viene insistiendo en aportar el matiz

especifico correspondiente a cada supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial en caso de defectuosa asistencia sanitaria por falta de información.

La **STS, Sec, 4ª, 09-10-2012 (Rc 6878/2010)** ha fijado la doctrina sobre la cuestión al afirmar que *“Igualmente este Tribunal ha declarado que el deber de información asistencial adquiere mayor intensidad en cuanto se trata de la denominada “medicina satisfactiva”, que como señala la Sentencia de 2 de octubre de 2.007 (recurso 9.208/2.003), con cita de la de 3 de octubre de 2.000 (recurso 3.905/1.996)”, se trata de una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, en la que no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención, lo que tampoco significa que deba reprocharse a la Administración todo resultado adverso producido en este ámbito de la medicina”, que no sucederá, como igualmente hemos declarado en nuestra Sentencia de 22 de noviembre de 2.011 (recurso 4.823/2.009)”, si la actuación sanitaria ajustada a la praxis médica va precedida de una información comprensible que incluya la veraz advertencia de que la satisfacción estética o funcional buscada no está plenamente garantizada”.*(...)

La exposición inicial que hace el recurso en relación con la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión que plantea, se ajusta al proceder de la Sala de instancia, que realizó una valoración conjunta de las fichas técnicas y prospectos de la vacuna, los informes médicos que relacionaron directamente la vacunación con el cuadro clínico que presentó pocas fechas después el vacunado y las periciales emitidas en las actuaciones, lo que condujo a la conclusión de que quedaba acreditada la relación causal, entre la vacunación y el Síndrome Guillain-Barré, pero, también, que ésta es una reacción tan impredecible o tan remotamente considerable que no pudo ofrecerse información sobre ello sustentado en premisas científicas contrastadas, lo que no acredita que lo efectuase con error patente, ni de modo arbitrario o irracional, ni, como reiteradamente sostiene este Tribunal, que sea posible sustituir la valoración de la Sala de instancia sobre aquellas conclusiones fácticas por la reputada más acertada por el recurrente (...)

Esto es, la sentencia considera que la Administración sanitaria no vulneró lo que demandaba el derecho de información de un paciente sano que voluntariamente decide someterse a la vacunación antigripal, sin que la información adecuada a sus necesidades en orden a la adopción de su libre decisión al respecto, comprenda una información ilimitada o infinita, incluso sobre aquello que no es conocido o carece de consenso por la ciencia. Conclusión que es conforme a la normativa que el recurso consideraba infringida, entendida conforme a nuestra doctrina jurisprudencial, de la que son recientes ejemplos las Sentencias de 16 de enero de 2.007, 25 de marzo de 2.010, 7 de enero y 10 de noviembre de 2.011, 2 de enero y 30 de enero de 2.012 (recursos 5.060/2.002, 3.944/2.008, 6.613/2.009, 1.033/2.007, 6.710/2.010, 5.805/2.010), en las que declaramos que el deber de información

no puede entenderse genérico o en términos de probabilidad hipotética, ni ampara la exigencia de la información excesiva y desproporcionada con las finalidades curativas o preventivas de la ciencia médica, como es la relativa a los riesgos no normales, no previsibles de acuerdo con la literatura médica, o que se basan en características específicas del individuo, que previamente podían no haberse manifestado como relevantes o susceptibles de una valoración médica.” (FJ 5º)

13.3. Responsabilidad del Estado legislador.

En el periodo que se comenta se han dictado varias sentencias en relación a la RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR y es importante lo referido al computo del plazo en dos cuestiones relevantes a las que dedicamos los dos siguientes apartados

13.3.1. La distinción entre daños continuados y permanentes no se traza en razón del carácter definitivo o perdurable del daño. Los daños serán continuados si la cuantificación de los daños derivados de aquella previsión legal no pudo hacerse en el momento de promulgarse la ley. Si pudieron determinarse y calcularse en esa fecha, serán daños permanentes.

La STS, **Sec. 4ª, 23-10-2012 (Raud 3964/2011)** se refería a Ley Andaluza 2/1987, de 2 de abril, que declaró dos lagunas de propiedad de la recurrente como reservas integrales de interés zoológico llegando a la siguiente conclusión en relación al computo del plazo prescriptivo por distinguir entre daños permanentes y continuados *“Pero esta distinción no es tanto conceptual o teórica como práctica. Se hace a los solos efectos de decidir si una acción está prescrita o no, para lo que se atiende al momento a partir del cual pudieron valorarse la totalidad de los perjuicios causados por un determinado evento lesivo. Por eso, para clasificar un daño en una u otra categoría, se atiende al momento en que pueden valorarse o cuantificarse esos perjuicios. Así se dice con toda claridad, por ejemplo, en la sentencia de 15 de febrero de 2.011, dictada en el recurso de casación 1.638/2.009, con cita de otras. Dice esta sentencia -pronunciándose sobre las lesiones físicas a las que normalmente se aplica aquella distinción- que son "daños continuados" aquellos que no permiten conocer aún los efectos definitivos del quebranto y en los que, por tanto, el "dies a quo" del plazo para recurrir será aquél en que ese conocimiento se alcance; y que son "daños permanentes" los que se refieren, por el contrario, a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas consecuencias resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo, así, cuantificables, de suerte que los tratamientos paliativos ulteriores, encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.*

Aquí se puede comprobar que, como decimos, la distinción entre daños continuados y permanentes lo que pretende es dar una respuesta a aquellos casos en los que no es posible valorar todos los perjuicios causados en el momento en que se produce el hecho generador del daño y en los que, por tanto, no puede tomarse esa fecha como "dies a quo" del plazo para reclamar. Y que, desde luego, no es una distinción trazada en razón del carácter definitivo o perdurable del daño, pues tanto los daños "continuados" como los "permanentes" tienen esa naturaleza. Quiere ello decir que el hecho de que se prive al propietario de manera definitiva -o cuando menos, indefinida- de un derecho (el derecho a cazar, pescar y explotar la finca de otras formas), y el hecho de que, lógicamente, ese perjuicio se produzca todos los días y todos los años que dure esa situación (en los que no se podrá cazar, pescar, cultivar, etc), todo ello no conlleva, sin más, que el daño sea de carácter "continuado". Lo será si la cuantificación de los todos los daños derivados de esa privación legal no pudo hacerse en el momento de promulgarse la Ley. Pero si pudieron determinarse y calcularse en esa fecha, entonces son daños de los que hemos llamado "permanentes".

Y en el caso que examinamos resulta claro que los perjuicios derivados de esa privación legal podían haberse calculado ya desde un primer momento, de la misma manera que se cuantifica de una sola vez la privación definitiva del derecho de propiedad (o de cualquier otro) en los expedientes de expropiación forzosa, a pesar de que el propietario se ha visto privado de la finca de manera definitiva. La prueba de que este cálculo era posible es que desde aquella declaración legal no ha ocurrido nada que haya modificado un ápice la situación del propietario, o que haya condicionado de un modo u otro los parámetros o criterios que podrían haberse utilizado ya en aquel momento para calcular los perjuicios causados (salvo el transcurso del tiempo, claro, pero esto es inevitable y previsible y, además, consustancial a los daños "permanentes" y a los "continuados", según ha quedado ya suficientemente explicado).

Todo ello hace que deba reputarse correcta la interpretación que, cambiando el criterio anterior seguido por la propia Sala, ha mantenido la sentencia recurrida. Lo que nos lleva a declarar que no ha lugar al presente recurso de casación". (FJ 4º)

13.3.2. Efectos de la presentación de una solicitud de revisión de oficio en relación a la interrupción del plazo de prescripción. La solicitud fue formulada dentro del plazo de un año desde la publicación de la sentencia que declaró inconstitucional la Ley.

La **STS, Sec. 4ª, 23-11-2012 (Rc 740/2011)** conoce de desestimación presunta por silencio administrativo de su reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador como consecuencia de los daños y perjuicios causados por la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 37/1988, de 28 de

diciembre, declarada inconstitucional y nula por la sentencia del Tribunal Constitucional número 234/1999, de 16 de diciembre.

Afirma que “Ya varias sentencias recaídas en asuntos semejantes a éste aceptaban que cuando se solicitaba la revisión de oficio del acto declarando el pase a la segunda actividad el plazo de prescripción no comenzaba a correr hasta que esta vía quedaba definitivamente cerrada (por todas, sentencia de 31 de diciembre de 2007, recurso 96/2006). Y frente a los excesos que esta jurisprudencia podía generar, dando lugar a solicitudes fraudulentas presentadas con el fin de reabrir plazos ya fenecidos, también hemos matizado en fecha más reciente que la solicitud de revisión de oficio solamente interrumpirá el plazo de prescripción para reclamar la responsabilidad patrimonial cuando se formule dentro del plazo de un año a contar desde la fecha de publicación de la sentencia declarando la inconstitucionalidad de la Ley (sentencias de 11 de diciembre de 2009, recurso 572/2007, 29 de marzo de 2012, recursos 245/2008 y 431/2009, 13 de abril de 2012, recursos 126/2008, 170/2008 y 613/2008, y 24 de abril de 2012, recursos 178/2009, 550/2008 y 581/2009).

La aplicación de esta doctrina al caso de autos hace que deba otorgarse eficacia interruptiva a las solicitudes de revisión de oficio presentadas en su día, en la medida en que se presentaron antes de transcurrir un año desde la publicación de la STC 234/1999. Y como este plazo de un año tampoco transcurrió entre la fecha en que quedaron firmes las sentencias que desestimaron sus recursos contra la denegación de aquellas revisiones (27 de enero y 13 de marzo de 2009) y la fecha en que presentaron la reclamación de responsabilidad patrimonial que aquí resolvemos (18 de enero de 2010), es obligado también entender que la acción se presentó dentro de plazo. Por lo que la prescripción alegada por el Abogado del Estado debe ser rechazada.

Ello conduce directamente a la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado y al reconocimiento del derecho de los recurrentes a ser indemnizados por los perjuicios económicos causados por la aplicación de la Disposición Adicional Vigésima de la Ley 37/1988, declarada inconstitucional y nula por la STC 234/1999.” (FJ 3º)

13.4. Fijación del importe indemnizatorio.

La **STS, Sec. 6ª, 21-12-2012 (Rc 5521/2010)** conoce de una reclamación en solicitud de la indemnización de daños y perjuicios que se estimaban ocasionados como consecuencia de determinadas actuaciones realizadas por la Agencia Tributaria en concepto de daño emergente y de lucro cesante o beneficio dejado de obtener por no haber podido continuar la actividad empresarial:

“Tiene razón el recurrente al señalar que la reparación del daño causado debe ser integral o restitutivo in integrum -así lo viene señalando la jurisprudencia de esta Sala de forma constante- y que tal reparación ha de incluir, de haberse producido, el denominado daño moral entendido éste como el causado al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral. Sin embargo, la pérdida de expectativas de negocio, que es lo que el recurrente llama daño moral, no entra dentro del concepto expresado, sino que se trata de perjuicios de naturaleza económica, de carácter eventual y meramente hipotético, contrarios, en cuanto a su exigibilidad, al art. 139, apartado 2, de la Ley 30/1992, que impone la realidad y efectividad del daño para que éste pueda ser indemnizado. Así se ha expresado también por la Jurisprudencia, que ha señalado que la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa sin que puedan admitirse aquellas que sean dudosas y contingentes, lo que excluye los meros “sueños de ganancias” como se denominaron en la Sentencia de 15 de octubre de 1986, ya que no cabe que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto (STS de 31 de enero de 2008). No otra cosa que la expuesta es lo que encubre la petición de la parte de obtener una indemnización por daño moral por pérdida de oportunidad, debiendo por tal motivo rechazarse”.

14. Servicios públicos

14.1. Nulidad del Reglamento de producción, posesión, y gestión de residuos peligrosos y del régimen jurídico del servicio público de eliminación de residuos peligrosos de la comunidad autónoma de Aragón. La reserva al sector público de las actividades de eliminación de residuos, supone una restricción indebida de la posibilidad de que el servicio sea prestado por una empresa privada en régimen de libre competencia. Aplicabilidad del principio de proximidad y suficiencia establecido en la legislación básica estatal.

La **STS, Sec. 5ª, 30-10-2012 (Rc 3379/2009)** anula el Reglamento de producción, posesión, y gestión de residuos peligrosos y del régimen jurídico del servicio público de eliminación de residuos peligrosos de la comunidad autónoma de Aragón en atención a dos ordenes de razones. Declara la Sala, en primer lugar, que la norma reglamentaria autonómica, al establecer la atribución en exclusiva al sector público de las actividades de eliminación de residuos, está restringiendo indebidamente la posibilidad de que el servicio sea prestado por una empresa privada en régimen de libre competencia. La sentencia analiza la articulación existente entre la legislación básica estatal en materia de residuos -el artículo 12.3 de la Ley 10/1998, de 21 de abril- y la legislación sectorial autonómica que, en uso de la habilitación conferida por aquella, estableció la *publicatio* de la actividad de gestión de eliminación de

residuos peligrosos en Aragón -el artículo 36.2 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre. La interpretación coherente de las anteriores normas con la previsión establecida por el artículo 128.2 de la Constitución, en cuanto establece la exigencia de ley formal para la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, lleva a la Sala a concluir que *“la publicatio de la actividad de eliminación de residuos peligrosos, en modo alguno supone que el legislador autonómico estuviera confirmando, a la administración ambiental, la necesaria habilitación legal expresa para reservar, en forma exclusiva, al sector público, la gestión del servicio de eliminación de residuos peligrosos, siquiera mediante fórmulas de gestión indirecta, al amparo del reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica contenido en el artículo 128.2 de la Constitución .Por ello, cuando el artículo 34 del Decreto impugnado establece que “El servicio público de eliminación de residuos peligrosos de la Comunidad Autónoma de Aragón se podrá prestar bajo cualquiera de las formas legales de gestión indirecta” está excluyendo la posibilidad de que el servicio sea prestado mediante el ejercicio de una actividad empresarial en régimen de libre concurrencia, por lo que sobrepasa la habilitación legal conferida por el artículo 36 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre , al atribuir en exclusiva al sector público las actividades de eliminación de residuos, por más que las mismas se articulen a través de las formulas contractuales de gestión indirecta legalmente previstas. De esta forma el Decreto impugnado desconoce la reserva de ley formal, impuesta por el artículo 128.2 de la Constitución, para el ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica como cortapisa tolerable de la libertad de empresa.”* La sentencia refuerza su argumentación añadiendo *“a fortiori”* que *“el artículo 2 del Real Decreto 833/1988, de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 20/1986 , de Residuos Tóxicos y Peligrosos, establece el carácter básico del régimen de autorizaciones de las actividades de gestión al que queda sujeto el gestor de residuos peligrosos; y que el régimen jurídico de gestión establecido en el citado reglamento -especialmente en lo relativo a su sistema de responsabilidad extracontractual (artículo 46), a sus relaciones con los usuarios del servicio (artículos 32 y siguientes), o su relación con la Administración ambiental a través de la autorización otorgada por ésta y condicionada en cuanto a su efectividad al cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto (artículo 29)- parte de la consideración del gestor como un sujeto que ejerce una actividad empresarial en régimen de libre concurrencia que, por su trascendencia para la adecuada protección del medio ambiente, está sujeta a autorización administrativa y a una regulación que le impone el deber de soportar las cargas impuestas por la legislación sectorial.”*

También considera la Sala contrarias a la legislación básica estatal las restricciones impuestas por el reglamento autonómico anulado al traslado de residuos fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón y a la recepción en la misma de residuos procedentes de otras Comunidades autónomas. Concretamente, la sentencia declara que el artículo 15 del Reglamento autonómico impugnado contraviene el principio de proximidad y suficiencia contenido en la legislación estatal básica en una interpretación del mismo acorde con el principio de corrección de los atentados al medioambiente en la fuente, establecido en el artículo 191.2 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (consolidado tras el Tratado de Lisboa),

“porque determina que la eliminación de residuos se producirá "siempre que sea posible" en el territorio de la Comunidad Autónoma, aún cuando pudiera existir una instalación más próxima adecuada para ello situada en el territorio de otra Comunidad Autónoma, lo que es contrario a la operatividad del principio de proximidad en el conjunto del Estado y no sólo en el territorio de cada una de las Comunidades Autónomas.”. Y que también resulta contrario al principio de proximidad el condicionamiento de la recepción de residuos procedentes de otras Comunidades autónomas a la aplicabilidad de lo que el reglamento impugnado denomina principio de equivalencia -una suerte de ponderación entre los residuos peligrosos procedentes de fuera del territorio de la Comunidad Autónoma y los producidos dentro del territorio de Aragón y remitidos para su eliminación fuera del territorio autonómico- por cuanto el denominado "principio de equivalencia", así configurado, vendría a operar como un filtro previo no previsto y, por tanto, incompatible con la regulación básica estatal.

15. Urbanismo y medio ambiente

15.1. Medio ambiente

15.1.1. *Límites de la potestad de ordenanza municipal en relación con la ordenación del despliegue de redes de telefonía móvil y el establecimiento de distancias mínimas a “zonas sensibles”: escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos. Títulos competenciales de los artículos 149.1.21ª, 149.1.16ª y 149.1.23ª de la CE, que atañen, respectivamente, a la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones, en materia de bases y coordinación general de la sanidad y en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, y competencias municipales.*

En la **STS, Pleno, 11-02-2013 (Rc 4490/2007)** la Sala estima el recurso interpuesto por uno de los principales operadores de telefonía contra el acuerdo del Ayuntamiento de Burriana, de 3 de junio de 2004, por el que se aprobó la Ordenanza Municipal Reguladora de las Infraestructuras Radioeléctricas de Telecomunicación. Ante la Sala de instancia la recurrente había pretendido la declaración de nulidad de distintos preceptos de la Ordenanza, que la sentencia no acoge, pero su recurso de casación se limitó a un único motivo en el que se discrepa de la sentencia recurrida solamente en cuanto consideró ajustados a Derecho los artículos 6.1.c) y 17.C de la referida Ordenanza. Dichos preceptos prohíben la instalación de infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación *“en escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos, así como en los edificios colindantes a esos espacios o que se sitúen en el linde o frente de fachada de los mismos”.* Asimismo y considerando las referidas zonas como espacios sensibles, se fija una distancia mínima de 100 metros entre estas y cualquier implantación de estaciones radioeléctricas”. La Sala de instancia razonó que a pesar de que no exista prueba alguna de que las radiaciones emitidas por las instalaciones en cuestión sean nocivas para la salud, las limitaciones contenidas en dicho precepto no

pueden considerarse abusivas o desproporcionadas, ya que con ellas en absoluto aparece acreditado que supongan impedimento o serio obstáculo en orden al desenvolvimiento regular de los servicios de telecomunicaciones en el término municipal.

El Pleno de la Sala Tercera analiza el alcance del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y concluye que los Ayuntamientos no pueden invocar título competencial alguno, ni el urbanístico ni el sanitario, por tratarse de una regulación que incide directamente en la configuración, diseño técnico y despliegue de las infraestructuras que conforman la red, y que entran dentro del ámbito de la competencia exclusiva del Estado: *“El ejercicio por el Estado de sus competencias en relación con la adopción de las pertinentes medidas sanitarias frente a los riesgos derivados de la exposición de la población a emisiones radioeléctricas representa para los Ayuntamientos un límite al ejercicio de las que a ellos, en este campo, podrían corresponder en virtud de lo dispuesto en los artículos 25.2 h y 28 LRBRL. Ni el principio de autonomía municipal que garantiza el artículo 140 de la Constitución ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRBRL entre otros campos en el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre, en el que no solo se establecen mas límites de exposición al público en general a los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radiolétricas sino que se contienen específicas previsiones sobre la afectación de la población en esos espacios calificados como “sensibles”, que agotan las medidas que en este campo puedan adoptarse basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación municipal adoptada con base en el mismo título habilitante”* (FJ 6º).

15.1.2. *El informe de la Confederación Hidrográfica competente, en procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación urbanística, sobre la suficiencia de recursos hídricos es preceptivo y vinculante y no cabe sustituirlo por el informe de las empresas suministradoras del agua. El informe de la Confederación Hidrográfica ha de versar sobre el aprovechamiento y disponibilidad de los recursos hídricos.*

La **STS, Sec. 5ª, 12-04-2013 (Rc 5811/2010)** estima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la STSJ de la Comunidad Valenciana en relación con los Acuerdos de 7 de noviembre de 2007, de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia, y de 25 de abril de 2008, de la Consejería de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda de le Generalidad

Valenciana, en cuya virtud se aprobó la Homologación y Plan Parcial del Sector 4 Santa Apolonia Canal-1 del municipio de Torrent.

Esta sentencia recoge la abundante doctrina jurisprudencial existente sobre la materia, STS de 25 de junio de 2010 (recurso de casación nº 4513/2009), de 30 de junio de 2010 (recurso de casación nº 4614/2009), de 22 de septiembre de 2010 (recurso de casación nº 4450/2009), de 15 de octubre de 2010 (recurso de casación nº 4629/2009) y las más recientes de 24 de mayo de 2011 (recurso de casación 1490/2010) y 15 de noviembre de 2011 (recurso de casación nº 6638/2010).

De la citada jurisprudencia cabe concluir que el informe de la Confederación Hidrográfica es, pues, 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 en cuanto afecta al ámbito competencial de la Confederación Hidrográfica, porque así lo dispone la disposición adicional 2ª de la Ley 13/2003 en relación con el artículo 83.3 de la Ley urbanística valenciana (FJ 10º). No ignora la Sala que el artículo 15.3 del texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (que recoge el artículo 15.3 a] de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo estatal), no caracteriza el informe sobre suficiencia de recursos hídricos como “vinculante” sino como “determinante”, admitiendo la posibilidad de disentir del mismo aunque de forma expresamente motivada. Y a pesar de que dicho precepto de la Ley del suelo estatal de 2007 no es de aplicación, *ratione temporis*, al caso enjuiciado, en que se impugna un instrumento de planeamiento aprobado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha, *“en relación con ese carácter “determinante”, que no formal y explícitamente vinculante, del informe al que se refiere este precepto, hemos de decir: 1º) que partiendo de la base de que determinar es “fijar los términos de algo”, si el legislador atribuye a un informe el carácter de determinante, es porque le quiere atribuir un valor reforzado. En palabras de la sentencia de esta Sala y Sección de 8 de marzo de 2010 (recurso de casación nº 771/2006), se trata de informes “necesarios para que el órgano que ha de resolver se forme criterio acerca de las cuestiones a dilucidar. Precisamente por tratarse de informes que revisten una singular relevancia en cuanto a la configuración del contenido de la decisión, es exigible que el órgano competente para resolver esmere la motivación en caso de que su decisión se aparte de lo indicado en aquellos informes”. Desde esta perspectiva, por mucho que estos informes no puedan caracterizarse como vinculantes desde un plano formal, sí que se aproximan a ese carácter desde el plano material o sustantivo; y 2º) más aún, la posibilidad de apartarse motivadamente de esos informes no es absoluta ni incondicionada, sino que ha de moverse dentro de los límites marcados por el ámbito de competencia de la Autoridad que resuelve el expediente en cuyo seno ese informe estatal se ha evacuado. Esto es, un hipotético apartamiento del informe sobre suficiencia de recursos hídricos sólo puede sustentarse en consideraciones propias del legítimo ámbito de actuación y competencia del órgano decisor (autonómico en este caso) y no puede basarse en consideraciones que excedan de ese ámbito e invadan lo que sólo a la Administración del Estado y los órganos que en ella se insertan corresponde valorar, pues no está en manos de las Comunidades*

Autónoma disponer de la competencia exclusiva estatal. Por eso, el informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos, en cuanto se basa en valoraciones que se mueven en el ámbito de la competencia exclusiva estatal, es, sin ambages, vinculante. Desde esta perspectiva, el artículo 15.3 de la Ley de Suelo estatal concuerda con la precitada disposición adicional 2ª, 4ª, de la Ley estatal 13/2003, pues lo que uno y otro precepto vienen a establecer, en definitiva, y en cuanto ahora interesa, es el carácter no ya determinante sino incluso vinculante del informe estatal, 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” (FJ 11).

En relación con la intervención de las denominadas “entidades colaboradoras autorizadas”, parece decir el artículo 19.2 de la Ley autonómica valenciana 4/2004, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, que el informe del Organismo de cuenca puede ser sustituido por el de esa -sic- “entidad colaboradora autorizada para el suministro”, de forma que quede al albur de la discrecionalidad del órgano de tramitación del plan acudir al Organismo de cuenca o a esa entidad colaboradora. *Pues bien, si esa hubiese sido la intención del legislador autonómico (y, desde luego, ello podría sostenerse a tenor de la dicción del precepto), estaríamos ante una regulación claramente inconstitucional en cuanto que, con menoscabo de la competencia estatal, pretende soslayar la clara y tajante dicción del artículo 25.4 de la Ley de Aguas, en relación con la disposición adicional 2ª, 4ª, de la también estatal Ley 13/2003, que no ha contemplado la posibilidad de que el informe de la Confederación Hidrográfica pueda verse sustituido por el de esas “entidades colaboradoras”, 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. Obvio es, a juicio de esta Sala, que el legislador autonómico carece de competencia para regular, en contraposición con la normativa estatal, aspectos sustantivos estrechamente relacionados con la gestión del dominio público hidráulico en las cuencas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad autónoma (art. 149.1.22 CE), (FJ 13º).*

El informe de la Confederación Hidrográfica ha de versar sobre el aprovechamiento y disponibilidad de los recursos hídricos, y esa disponibilidad no puede verse circunscrita a la mera existencia física del recurso, sino también a su disponibilidad jurídica, pues, cuando se trata de verificar si existe o no agua para el desarrollo urbanístico pretendido, de nada sirve constatar que la hay si luego resulta que no es jurídicamente viable su obtención y aprovechamiento para el fin propuesto. El ámbito competencial de las Confederaciones Hidrográficas se extiende no sólo a la constatación técnica de la existencia del agua sino también a la ordenación jurídica de los títulos de aprovechamiento (de su obtención, disponibilidad y compatibilidad), y ambas cuestiones pueden y deben ser contempladas de forma inescindible, conjunta y armónica, cuando se trata de formar criterio sobre la disponibilidad de agua para la ordenación urbanística proyectada, de manera que no cabe atribuir carácter vinculante a una pero no a la otra.

15.1.3. *Principios y objetivos del Derecho ambiental europeo. Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Suelo verde urbano. Principio de no regresión.*

En la **STS, Sec. 5ª, 29-03-2012 (Rc 3425/2009)** la Sala desestima el recurso de casación interpuesto por un municipio malagueño contra la sentencia de instancia que anuló el Acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Málaga, adoptado en su sesión de fecha 28 de junio de 2000, por el se que aprobó definitivamente el Proyecto de Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Alhaurín el Grande, que afectaba a los ámbitos de suelo urbanizable UR-3 y de suelo urbano UE-42. La anulación se produjo al no haberse seguido el procedimiento especial previsto en el artículo 129 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (TRLR/92). La STS, con carácter previo, expone su doctrina sobre la intranscendencia del incremento de la superficie de zona verde de cara a la preceptiva tramitación cualificada para los cambios de planeamiento que afectan a zonas verdes o espacios libres.

La importancia de la Sentencia radica en el valor que concede a la conexión que la protección de las zonas verdes tiene con el carácter sostenible y medioambiental del urbanismo actual, primordialmente en relación con la protección de los suelos rústicos de especial protección. Este plus de protección se presenta hoy ---en el marco de la amplia, reciente y variada normativa sobre la materia, en gran medida fruto de la transposición de las normas de la Unión Europea--- como un reto ciertamente significativo y como uno de los aspectos más sensibles y prioritarios de la expresada y novedosa normativa medioambiental, que se cristalizan en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. También se hace una interpretación del principio de no regresión:

“[...] El actual análisis de la cuestión relativa a las zonas verdes que nos ocupa ---y a su reducción por el planeamiento--- debe, pues, partir del mensaje que, en relación con el suelo, se contiene ---como hemos expresado--- en la propia Exposición de Motivos del Texto Refundido; esto es, que “el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable”. Pues bien, dentro de ese suelo, escaso y no renovable, el suelo verde urbano ---esto es, sus zonas verdes--- constituye uno de los componentes mas frágiles del mismo, pues, su alteración o supresión ---en el ámbito de la ciudad existente--- como consecuencia de las modificaciones o revisiones que el planificador puede orquestar, determinan unos efectos y consecuencias definitivas e inamovibles: sencillamente su desaparición definitiva en dicho entorno urbano y la dificultad de su sustitución o cambio sin salir del mencionado ámbito urbano que se modifica; pues, se insiste con la Exposición de Motivos del TRLR08, el suelo ---y, mas, el verde urbano--- es un evidente bien preciado, no reproducible ni renovable si se produce su desaparición. Efectivamente, la urbanización de la zona verde ---con cualquier

otro destino--- se nos presenta como una actuación prácticamente irreversible, capaz de comprometer el citado recurso natural ---o su uso mas racional---, además de proyectar consecuencias determinantes y nefastas para otros recursos naturales, tales como el agua, el aire o los ecosistemas. Difícilmente tales actuaciones tendrían encaje en las finalidades que para el urbanismo español se diseñan por la citada y reciente normativa urbanística estatal: “Sin duda, el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente”.

Ello nos sitúa en el ámbito, propio del Derecho Medioambiental, del principio de no regresión, que, en supuestos como el de autos, implicaría la imposibilidad de no regresar de ---o, de no poder alterar--- una clasificación o calificación urbanística ---como podría ser la de las zonas verdes--- directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades del planificador urbanístico, de un suelo urbano frágil y escaso. En el Fundamento Jurídico anterior ya lo hemos mencionado, como principio “standstill”, y que, en otros países, ha sido entendido como “efecto trinquete”, como “intangibilidad de derechos fundamentales” o “de derechos adquiridos legislativos”, o, incluso como principio de “carácter irreversible de derechos humanos”. También, este principio de no regresión, ha sido considerado como una “cláusula de statu quo” o “de no regresión”, con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental.

Pues bien, la viabilidad de este principio puede contar con apoyo en nuestro derecho positivo, tanto interno estatal como propio de la Unión Europea. Ya nos hemos referido, en concreto, al denominado “Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible”, del que se ocupa el citado artículo 2º del vigente TRLS08, que impone a las diversas políticas públicas “relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación o uso del suelo” la obligación de proceder a la utilización del mismo “conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible”; por tanto, este principio, ha de estar presente en supuestos como el de autos, en el que se procede a la supresión de unas zonas verdes previstas en un planeamiento anterior, y, en consecuencia, este principio ha de actuar como límite y como contrapeso de dicha actuación, dadas las consecuencias irreversibles de la misma.

En consecuencia, y sin perjuicio de su particular influencia en el marco de los principios, obvio es que, con apoyo en los citados preceptos constitucional (artículo 45 Constitución Española) y legales (artículo 2 y concordantes del TRLS08), el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos ---como serían las zonas verdes junto a los terrenos rústicos especialmente protegidos---, implica, exige e impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada en el marco de la potestad discrecionalidad de planificación urbanística de la que ---por supuesto-- se encuentra investido el planificador.

[...]

Pues bien, como decimos, todo lo anterior viene a ratificar ---desde la perspectiva que se expone--- en el marco de la expresada tendencia jurídica de no regresión calificadora de protección medioambiental, la señalada exigencia de la especial motivación en el desarrollo de la citada planificación urbanística, cuando con la misma se vean afectadas ---con ahora acontece--- las zonas verdes; especial motivación que ---tras la tramitación de los procedimientos cualificados previstos en cada caso, que es lo que no se ha seguido en el caso que nos ocupa--- habrá de acreditar y justificar que el desarrollo sostenible y su integración en el ámbito urbanístico permiten que la desclasificación o descalificación de una zona verde sea sustituida por otra decisión planificadora mas coherente y racional con los mismos y expresados principios en materia urbanística o medioambiental.” (FJ 7º).

15.1.4. Competencia en la limpieza y dragado del cauce de la ría de Bilbao al quedar desafectada como bien portuario para integrarse en el dominio público marítimo-terrestre. Artículos 110.c) y 111.1.a) de la Ley de Costas. No son competencia del Estado porque exceden de las facultades de tutela y policía que ese precepto le atribuye a la administración estatal.

La **STS, Sec. 5ª, 22-06-2012 (Rca 3599/2009)** señala que las facultades de tutela y policía del dominio público marítimo-terrestre que se atribuyen a la Administración del Estado en el citado artículo 110.c) de la LC son las necesarias para asegurar la protección, defensa, conservación y uso del mismo, “*que han de entenderse referidas a sus condiciones naturales y su restablecimiento cuando sean alterados de forma artificial o por circunstancias extraordinarias*”, como se señala en la STS de 12 de febrero de 2008 (casación 202/2004), cuyo criterio se reitera en la posterior STS de 4 de mayo de 2010 (casación 3487/2008). Pues bien, la insuficiencia de la capacidad del cauce de la ría en la zona del Casco Viejo de Bilbao sólo es subsanable mediante la ejecución de un cauce auxiliar que subsane el déficit existente entre el azud del barrio de La Peña y el punto de confluencia con el Cadagua, obras que exceden de las competencias señaladas, exigibles al Estado. Deberán ser otras administraciones quienes lleven a cabo las tareas de limpieza y dragado de la ría.

15.2. Urbanismo.

15.2.1. Alcance de la declaración judicial de nulidad del planeamiento urbanístico por falta o insuficiencia de la debida motivación

La **STS, Sec.5ª, 28-09-2012 (Rc 2092/2011)** declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la desestimación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid del incidente de ejecución de sentencia que pretendía la declaración de nulidad de diversos Acuerdos adoptados por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid, en ejecución de la Sentencia dictada por la misma Sala en fecha 27 de febrero de 2003 y casada, en parte, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2007 (Recurso de Casación núm. 3865/2003)

La trascendencia de esta sentencia del Tribunal Supremo deriva del hecho de que en ella se establece una doctrina de gran interés en relación con la eficacia de la declaración judicial de nulidad del planeamiento urbanístico por falta o insuficiencia de la debida motivación de las determinaciones de planeamiento.

La propia sentencia centra el objeto de la controversia al precisar que *<<La cuestión que se plantea en este recurso, desde diversas perspectivas según los motivos invocados, se resume en determinar si puede subsanarse una falta de justificación por el planificador general en el cambio de clasificación del suelo, concretamente al desclasificar suelo no urbanizable de especial protección, después de haberse declarado judicialmente la nulidad de parte del plan por dicha causa. Dicho de otro modo, si es subsanable, o no, esa falta de justificación determinante de la nulidad del plan, de manera que pueda corregirse ahora tal omisión, elaborando la correspondiente memoria o complemento de memoria, y pueda justificarse ahora lo que entonces no se explicó. La consecuencia sería, por tanto, mantener intacto el procedimiento de elaboración del plan, conservando sus trámites, que resultarán inmunes a la nulidad por obra y gracia de esa actuación complementaria, y retroactiva, de subsanación.>>*.

De las respuestas ofrecidas por el Tribunal Supremo a la cuestión planteada en esos términos podemos extraer las conclusiones siguientes (i) La falta de motivación no es un mero defecto formal. La Sentencia afirma con rotundidad que la falta de justificación en la memoria de la desclasificación de suelo no urbanizable especialmente protegido no es un mero defecto formal que pueda subsanarse “a posteriori” tras la nulidad declarada judicialmente. La sentencia precisa que: *“Quizás se parte, en las resoluciones impugnadas en la instancia, de una premisa inexacta como es considerar que la falta de justificación en ese cambio de clasificación urbanística es un mero defecto formal que puede subsanarse “a posteriori” tras la nulidad declarada judicialmente. Conviene reparar a estos efectos que esa carencia reviste un carácter esencial y sustantivo pues afecta a la comprensión e impugnación del propio cambio normativo.”* (ii) La falta de motivación no es subsanable -en ejecución de sentencia- mediante la adopción de actos administrativos que complementen la memoria de la disposición anulada. Y ello porque *“(…) Ciertamente cuando se declara judicialmente la nulidad de unas concretas determinaciones del plan general, de algunas de sus normas, la aprobación posterior, en ejecución de sentencia, de una justificación, que pretende paliar*

esa ausencia de explicación en el procedimiento de elaboración de la disposición general, no puede considerarse que cumple y ejecuta la sentencia que declara la nulidad de una parte del plan general. Así es, no se puede subsanar , enmendar, o convalidar el plan nulo. Tampoco pueden conservarse los acuerdos de aprobación definitiva y otros que se mantienen como si las determinaciones del plan no hubieran sido declaradas nulas de pleno derecho. Y, en fin, no podemos considerar que ese posterior complemento de la justificación para la reclasificación de los terrenos pueda tener un alcance retroactivo para intercalarse en el lugar, dentro del procedimiento administrativo, en el que debió haberse proporcionado. Las razones que seguidamente exponemos avalan esta conclusión. La sentencia que se trata de ejecutar mediante los acuerdos impugnados en la instancia, declara la nulidad de “ aquellas determinaciones que suponen la desclasificación de terrenos clasificados en el Plan General de 1985 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección “ en determinados ámbitos que relaciona y que fueron alterados en casación. De modo que se ha declarado la nulidad de una disposición de carácter general, de una norma de rango reglamentario, pues tal es la naturaleza de los planes de urbanismo, según venimos declarando desde antiguo, pues “ el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa - sentencias de 7 de febrero de 1987 , 17 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 6 de noviembre de 1990 , 22 de mayo de 1991 , etc .”, por todas, STS de 9 de julio de 1991 (recurso de apelación nº 478 / 1989). Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango, la consecuencia más severa: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992. Y en el caso examinado basta la lectura de la Sentencia del Tribunal Superior y luego de este Tribunal Supremo para constatar que la nulidad se deriva de una flagrante infracción legal. Este grado máximo de invalidez al que se somete a las disposiciones generales comporta que los efectos de la nulidad se producen “ex tunc”, desde el momento inicial y, por ello, no pueden ser posteriormente enmendados. Tampoco advertimos razones para perfilar o ajustar tales efectos, pues la naturaleza del vicio de nulidad apreciado --la desclasificación de terrenos no urbanizables de especial protección que pasan a urbanizables sin justificación en la memoria--, el menoscabo para los derechos de los ciudadanos ante la imposibilidad de cuestionar ese contenido durante la sustanciación del procedimiento de elaboración de la norma, y fundamentalmente los siempre sensibles bienes ambientales concernidos en ese cambio de la clase de suelo, avalan la improcedencia de modular el contundente alcance de la nulidad plena.”

15.2.2. La invalidez de un Plan Parcial aprobado antes de la publicación de la revisión de las NNSS de cobertura no resulta enervada por el hecho de que la aprobación del Plan Parcial se condicionara “en cuanto a su eficacia jurídica” a la publicación y entrada en vigor de la citada revisión de las NNSS.

La STS, Sec. 5ª, 25-10-2012 (Rc 2872/2010) en consonancia con la doctrina jurisprudencial que considera que la falta de publicación del planeamiento de cobertura determina la nulidad del planeamiento de desarrollo,

como consecuencia de la aplicación del principio de jerarquía normativa, declara que la invalidez de un Plan Parcial aprobado antes de la publicación de la revisión de las Normas Subsidiarias que aquel desarrollaba no resulta enervada por el hecho de que la aprobación del Plan Parcial se condicionara “en cuanto a su eficacia jurídica” a la publicación y entrada en vigor de la citada revisión de las Normas Subsidiarias. La Sala realiza una interpretación coherente del artículo 44.1 del Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, con el artículo 13.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto 1346/1976, en cuya virtud, *“Es cierto que el artículo 44.1 del Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, dispone que “ No podrá aprobarse Planes Parciales sin que previa o simultáneamente, pero en expediente separado, se haya aprobado definitivamente el Plan General de Ordenación o las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento, que en cada caso desarrollen”.* Y los recurrentes ponen el acento en que el precepto exige la previa o simultánea aprobación del planeamiento general, no su publicación.

Ahora bien, este artículo 44.1 del Reglamento no es sino plasmación y desarrollo de lo dispuesto en el artículo 13.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, que establece el principio de jerarquía entre instrumentos de planeamiento, esto es, la subordinación del Plan Parcial al Plan General o a las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento. Ninguno de esos dos preceptos que acabamos de mencionar se refiere a la publicación del contenido normativo de los planes; sencillamente, porque esa cuestión no es objeto de su atención. Como recuerda la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2010 (casación 3924/06), la exigencia de publicación se sustenta en el principio de publicidad de las normas (artículos 9.3 de la Constitución, 2.1 del Código Civil y 52.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) y encuentra un anclaje normativo directo en el artículo 70.2 de la Ley de Bases de Régimen Local -tanto en la redacción originaria de la Ley 7/1985, de 2 de abril, como tras la reforma del precepto dada por la Ley 39/1994, de 30 de diciembre - siendo claro que tal exigencia de publicación en modo alguno puede entenderse desvirtuada por el precepto reglamentario que se invoca (en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2011 , casación 1/2007).

15.2.3. *Ejecución del planeamiento. Sistema de expropiación. La designación de una empresa dependiente de la administración como beneficiaria de la expropiación y el otorgamiento a la misma de un derecho exclusivo de gestión urbanística constituye un supuesto de contratación doméstica “in house providing” que respeta la doctrina Teckal.*

La **STS, Sec. 5ª, 25-01-2013 (Rc 3351/2010)** analiza la licitud de la designación de la sociedad pública Suelo y Vivienda de Aragón SLU como beneficiaria de la expropiación así como el otorgamiento a la misma de un

derecho exclusivo de gestión urbanística desde la perspectiva del respeto a los denominados << criterios Teckal >>, “ (...) comenzaremos señalando que la entidad Suelo y Vivienda de Aragón SLU es una sociedad pública cuyo capital corresponde en su integridad a la Comunidad Autónoma de Aragón, a través de la Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. y creada por Decreto 295/2001, del Gobierno de Aragón, para desarrollar políticas públicas, entre ellas la adquisición y venta de suelo industrial y la promoción y gestión de urbanizaciones en polígonos industriales, realizando obras de infraestructuras y dotación de servicios en los mismos; su Consejo de Administración está integrado por todos los Directores Generales y cargos asimilados del Departamento competente en materia de vivienda, y un representante del Departamento que tenga atribuida las funciones en materia de Economía y es el presidente el Consejero del Departamento competente sobre la vivienda; se rige por sus Estatutos sociales, por el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792 y 2400) y por la normativa de general aplicación a las empresas de la Comunidad Autónoma. Con ello queda acreditado el cumplimiento del primer criterio Teckal. No cabe albergar duda alguna sobre el alcance del control que ejerce la Administración pública autonómica sobre Suelo y Vivienda de Aragón SLU, cuando menos análogo al que ejerce sobre los propios servicios, no solo por ser íntegramente público el capital, lo que constituye un indicio sobre el control que se ejerce sobre el ente, sino, sobre todo, por la composición de su órgano de gestión, que es presidido por el Consejero del sector y está integrado por los cargos directivos de las Consejerías, de manera que es patente, no que influya en sus decisiones sino que las conforma directamente. También se constata fácilmente el cumplimiento del segundo criterio, esto es, que la entidad encomendada realiza “ la parte esencial de su actividad” con el ente que ejerce su control, esto es, que las prestaciones van destinadas, en lo esencial, al ente que ejerce el control (ver STJCE Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 60 a 62). Y es que, sin necesidad de examinar los datos económicos de las operaciones, según resulta de su norma de creación el ámbito objetivo de actuación de la entidad Suelo y Vivienda de Aragón SLU consiste en ejecutar políticas y actuaciones públicas, entre ellas, el desarrollo de actuaciones de promoción pública de suelo industrial, y es por ello por lo que le fue encomendada la ejecución del desarrollo de la Plataforma Logístico-Industrial y Centro de Transportes de Fraga (Huesca).”

La Sala concluye que el acreditado cumplimiento de los anteriores criterios permite descartar la necesidad de concurrencia mediante concurso público con otras empresas, en tanto que “es claro que no se está en presencia de una relación contractual entre la Consejería y la entidad Suelo y Vivienda de Aragón SLU, sino que se trata de una encomienda de gestión o un encargo de ejecución de la Administración autonómica a uno de sus medios instrumentales: una empresa dependiente y subordinada, creada precisamente para atender determinados tipos de desarrollos de suelo, y que tiene condición de medio propio instrumental de la Administración.” (FJ 3)

15.2.4. Alcance y contenido del informe a emitir por el organismo de cuenca en relación a la existencia de recursos hídricos suficientes para la

actuación urbanística proyectada. No se circunscribe a la mera existencia física del recurso, sino, también, a su disponibilidad jurídica.

Abundando en una jurisprudencia ya asentada sobre el carácter preceptivo y vinculante del informe a emitir, por el organismo de cuenca competente, en relación a la existencia de recursos hídricos suficientes para la actuación urbanística de que se trate, la **STS, Sec. 5ª, 30-01-2013 (Rc 5983/2009)** se pronuncia sobre el alcance y contenido predicable de dicho informe para precisar que el mismo no se circunscribe a la mera existencia física del recurso, sino, también, a su disponibilidad jurídica, porque “(...)El bloque normativo antes transcrito establece que el informe de la Confederación Hidrográfica ha de versar sobre el aprovechamiento y disponibilidad de los recursos hídricos, y esa disponibilidad no puede verse circunscrita a la mera existencia física del recurso, sino también a su disponibilidad jurídica, pues cuando se trata de verificar si existe o no agua para el desarrollo urbanístico pretendido, de nada sirve constatar que la hay si luego resulta que no es jurídicamente viable su obtención y aprovechamiento para el fin propuesto. En definitiva, el ámbito competencial de las Confederaciones Hidrográficas se extiende con toda legitimidad no sólo a la constatación técnica de la existencia del recurso sino también a la ordenación jurídica de los títulos de aprovechamiento (de su obtención, disponibilidad y compatibilidad), y ambas cuestiones pueden y deben ser contempladas de forma imprescindible, conjunta y armónica, cuando se trata de formar criterio sobre la disponibilidad de agua para la ordenación urbanística proyectada, de manera que no cabe atribuir carácter vinculante a una pero no a la otra. Por lo demás, ya hemos visto que en el caso que ahora analizamos fue la propia declaración de impacto ambiental la que apuntó de forma bien clara la necesidad de obtener las concesiones necesarias para garantizar el abastecimiento de agua para el ámbito contemplado, siendo así que esas concesiones no se han obtenido, como ha informado de manera terminante la Confederación hidrográfica del Júcar; de forma que huelgan mayores consideraciones sobre esta cuestión, ni las recurrentes han dicho nada útil para llegar a una conclusión distinta.”(FJ 8)

15.2.5. Formulación actual de la exigencia de motivación de los planes de urbanismo: Vinculación finalista a la satisfacción del interés público y subordinación a los principios constitucionales.

De la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la exigencia de motivación de los planes de urbanismo da cuenta la **STS, Sec. 5ª, 18-10-2012 (Rc 1408/2010)**. En ella la Sala recuerda la vinculación finalista de la potestad de planeamiento a la satisfacción del interés público y su subordinación a los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad e igualdad: “(...)Sobre la exigencia de motivación de los planes de urbanismo es oportuno reiterar algunas consideraciones expuestas en nuestra STS de 14 de junio de 2011 (RC 3828/2007), reiteradas en la reciente STS de 12 de julio de 2012 (RC 3409/2010), en las que hemos dicho que “[...] la potestad de planeamiento, aún siendo discrecional, se circunscribe a un fin concreto: la satisfacción del interés público, hallándose condicionada al mismo tiempo por los principios de

interdicción de la arbitrariedad e igualdad consagrados en los artículos 103.1, 9.3 y 14 de la Constitución. Así, entre otras, Sentencias de 26 de julio de 2006 (casación 2393/2003), 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003) y 24 de marzo de 2009 (casación 10055/2004). En la primera de ellas se insiste precisamente en que “las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal”.

15.2.6. Vinculación positiva del planificador a la ley. Si la legislación urbanística no habilita técnicas de equidistribución externas, por ejemplo, a través del aprovechamiento tipo, que interrelacionen los distintos sectores, al objeto de compensar excesos o defectos, el planeamiento no puede crearlas ex novo al margen del sistema legal.

La **STS, Sec. 5ª, 22-11-2012 (Rc 1033/2010)** rechaza la posibilidad de que el mayor aprovechamiento de un sector con respecto al “medio general” previsto por el instrumento de ordenación pueda ser compensado por el planeamiento, mediante el recurso a técnicas de equidistribución externas no habilitadas por la legislación urbanística. Considera la Sala que la mera apelación a principios de “justicia distributiva” no es un soporte válido y suficiente para imponer a los propietarios de suelo urbanizable una carga no prevista. Razona la Sentencia lo siguiente: “(...) Partiendo de que, comparativamente, el aprovechamiento del Sector que nos ocupa es superior al “medio general”, nada impide, según el Ayuntamiento de Santa María de Guía, que el Plan General instrumente “este tipo de técnicas compensatorias”. El resto de los demandados no prestó atención alguna a la pretensión de la demandante de que se anulasen esas concretas determinaciones. Pues bien, la conclusión a que llegamos -por el principio de vinculación positiva- es exactamente la contraria a la defendida por el Ayuntamiento de Santa María de Guía. Si la legislación urbanística no habilita técnicas de equidistribución externas, por ejemplo, a través del aprovechamiento tipo, que interrelacionen los distintos sectores, al objeto de compensar excesos o defectos, el planeamiento no puede crearlas ex novo al margen del sistema legal, porque con ello se incide directamente en el régimen de derechos y deberes de los propietarios de suelo, esto es, en el estatuto jurídico básico del derecho de propiedad, que para el caso del suelo urbanizable era el establecido en el artículo 18 de la Ley 6/1998 , sobre régimen del Suelo y Valoraciones. Para evitar desigualdades significativas entre los sectores la legislación autonómica de Canarias prohíbe que el aprovechamiento de los sectores incluidos en la misma área territorial se separe en más del 15%, pero no avanza más sobre la posibilidad de compensar las diferencias. La mera apelación a principios de “justicia distributiva” no es un soporte válido y suficiente para imponer a los propietarios de suelo urbanizable una carga no prevista; por lo que procede declarar su nulidad. Y este pronunciamiento anulatorio debe hacerse extensivo a la previsión correlativa contenida en la ficha del Sistema General, en cuanto

establece que “...se ejecutará con cargo al exceso de aprovechamiento del Sector SUR 5 con un coste actual de ejecución de 1.394.348,08 €”.(FJ 6)

15.2.7. Límites de la potestad de planeamiento que incumbe ejercer a las Comunidades Autónomas a través de los Planes Supramunicipales. “Congelación de rango”.

La **STS, Sec. 5ª, 23-01-2013 (Rc 3631/2010)** se refiere a la cuestión de los límites del planeamiento supramunicipal en relación con la autonomía local en el ámbito urbanístico. La sentencia establece que la delimitación de los espacios libres públicos y los datos relativos a edificabilidad bruta de un sector por un Plan Director de Sistema Costero (instrumento de ordenación previsto en la legislación autonómica de Cataluña) vulnera la potestad de planeamiento que, en virtud del principio de autonomía local, corresponde a los ayuntamientos. La Sala distingue las competencias que cabe reconocer a la Administración autonómica en relación con la aprobación definitiva, en los procedimientos bifásicos de elaboración del planeamiento de aquellas otras que son actuadas con motivo de la aprobación de un Plan autonómico de naturaleza supramunicipal y a cuyas determinaciones ha de adaptarse el planeamiento municipal, concluyendo que las modalidades de control que se ejercen en uno y otro caso, aunque guardan conexión, no son equiparables, porque *“Una cosa es que en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico municipal la Administración autonómica, además del control de legalidad, ejerza el control sobre las determinaciones discrecionales del Plan que afecten a materias que incidan sobre intereses supralocales -esto es lo que sucedía en los casos examinados en aquellas sentencias que se citan- y otra muy distinta es que con carácter normativo y vinculante, mediante un instrumento de ordenación de rango supramunicipal, la Administración autonómica pueda fijar de antemano los parámetros y magnitudes -en este caso, por ejemplo, la delimitación de los espacios libres públicos y los datos relativos a edificabilidad bruta del sector (no superará los 0,10 m²st/m²s) y densidad bruta (no superará las 10 viviendas/Ha)- a los que necesariamente habría de atenerse el planeamiento municipal en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional Primera del propio Plan Director del Sistema Costero. Esta segunda modalidad va a más allá de la fiscalización de la discrecionalidad, pues la invocación de intereses supramunicipales no puede conducir a que, por la vía del control preventivo, quede en realidad excluida o cercenada la autonomía local.”* La Sentencia concluye que *“la Sala de instancia acierta cuando anula, en tanto que vulneradoras de la autonomía local, las condiciones previstas en el Plan Director para el Sector 40 PP4 “Cala María” relativas a la calificación y delimitación de espacios libres públicos, edificabilidad bruta del sector (no superará los 0,10 m²st/m²s) y densidad bruta (no superará las 10 viviendas/Ha).”*; y ello porque *“la incorporación de tales determinaciones al Plan Director -aunque hubiesen sido con la anuencia expresa o tácita de la Corporación municipal, lo que ciertamente no es el caso- produce una suerte de “congelación de rango”, de manera que de ahí en adelante el planeamiento municipal no podría ya ser objeto de modificaciones que se apartasen de aquéllas, con lo que el margen de apreciación y de discrecionalidad del Ayuntamiento queda bloqueado pro futuro.”*

15.2.8. *Innovaciones de planeamiento dictadas en fraude de la ejecución de sentencias firmes. Matización del criterio temporal que, con carácter general, impide apreciar la finalidad desviada del instrumento de planeamiento si su aprobación se produce con anterioridad a la firmeza de la sentencia cuya eficacia resulta enervada.*

La **STS, Sec. 5ª, 19-02-2013 (Rc 5525/2010)** declara la nulidad de un Plan Especial que pretende legalizar viviendas construidas al amparo de licencias finalmente anuladas por sentencia firme es nulo aún cuando el mismo se inició y tramitó antes de que se dictara la sentencia que declaró la nulidad de aquellas licencias. Considera la Sala que la finalidad desviada del Plan Especial resultaba evidente a la vista de los antecedentes administrativos (procedimiento de revisión de oficio) y de la pendencia de un proceso judicial. La sentencia señala que *“(...)La Administración autonómica recurrente en casación insiste una y otra vez en que el Plan Especial se inició y tramitó antes de que se dictara la sentencia que declaró la nulidad de aquellas licencias, pero por mucho que desde un punto de vista formal eso sea así, no cabe sino insistir en que la cadencia de acontecimientos revela que las Administraciones intervinientes no se guiaron al tramitar y aprobar el Plan por consideraciones atinentes al interés general del municipio, sino que buscaban tan sólo anticiparse a una inminente declaración judicial de nulidad. Desde esta perspectiva, la cita del artículo 103.4 de la Ley de la Jurisdicción no se revela incorrecta, pues, sin temor a basar el juicio en conjeturas, puede tenerse por cierto que, al fin y al cabo, lo que procuró la Administración fue frustrar una sentencia estimatoria con la que ya contaba de antemano. Así se acredita por la Memoria del Plan, obrante en el expediente, que comienza señalando literalmente que “ el presente pla especial de reforma interior es redacta condonat por un expedient de revisió de la llicencia d’obres otorgada por l’ Ajuntament d’Alcanar per aconseguir per mitja de la seva redacció i aprovació definitiva el donar un sosteniment legal a tota la situació esdevenida a la parcela... “*, y a continuación se extiende en la forma de salvar las ilegalidades determinantes de la nulidad de la licencia. En el mismo sentido, el Acuerdo de la Comisión de Urbanismo de Terres d’Ebre, de fecha 19 de enero de 2006, de aprobación supeditada del plan especial, indicaba expresamente que se adoptaba de conformidad con la propuesta de la ponencia técnica, en la que se apuntaba expresamente que *“ amb la redacció d’aquest pla especial es vol regulatitzar la situació dels apartaments ja construïts a la parcela afectada”*. Estos y otros documentos obrantes en el expediente demuestran que la intención subyacente a la tramitación y aprobación del Plan no fue otra que dar cobertura legal a lo que ya se sabía que estaba afectado por vicios de nulidad. Por mucho que estas actuaciones procedimentales fueran anteriores a la sentencia del Juzgado que declaró la nulidad de la licencia, el dato verdaderamente relevante es que a través de ellas no se buscaba la satisfacción del interés general mediante el ejercicio de la potestad de planeamiento, sino simplemente anticipar la respuesta a una declaración de nulidad que se vislumbraba ineludible, a la vista de los antecedentes administrativos (que ya habían llamado la atención sobre esa nulidad) y de la pendencia del proceso judicial en el que se debatía justamente sobre la nulidad

de la licencia. El dato verdaderamente relevante para apreciar la desviación de poder es revelado por la propia documentación del Plan sin margen para la duda, al señalar la intención que subyacía al mismo desde el inicio de su tramitación". La Sala cierra su razonamiento añadiendo que, en todo caso, aun apreciando la imposibilidad de aplicar la regla del 103.4 LJCA (en razón del momento de aprobación del Plan Especial) cabría declarar la nulidad apreciando desviación de poder ex artículo 70 LJCA ya que "aun en el supuesto dialéctico de que se entendiera no estrictamente aplicable el artículo 103.4 de la Ley de la Jurisdicción (en atención al dato de que la tramitación del Plan fue anterior a la sentencia), siempre cabría apreciar esa desviación de poder mediante la cláusula general del artículo 70 de la misma Ley , en el que también se apoya la sentencia de instancia para sostener su pronunciamiento estimatorio del recurso contencioso-administrativo. En conclusión, la sentencia, recurrida, lejos de vulnerar los artículos 70.2 y 103.4 de nuestra Ley Jurisdiccional , encuentra en ellos su justificación, por lo que debemos declarar que no ha lugar al recurso de casación."(FJ 2)

15.2.9. Actos preparatorios. Carácter esencial del trámite de información pública (sugerencias) en el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico.

La STS, Sec. 5ª, 18-01-2013 (Rc 4572/2010) refiere las consecuencias invalidantes que en relación con el procedimiento de elaboración y aprobación del planeamiento urbanístico se derivan de la sustanciación del trámite de información pública (sugerencias) sin la aportación de la documentación gráfica necesaria cuando tal omisión determina un conocimiento insuficiente del documento finalmente aprobado. La sentencia subraya al respecto que *"(...)hemos de insistir que la información pública, en el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico, no es un simple formalismo sino un trámite esencial por la especial incidencia que tienen estos planes sobre los ciudadanos (Sentencia de 28 de junio de 2012, dictada en el recurso de casación nº 3013/2010). Por tanto, la omisión o la indebida cumplimentación de tan relevante trámite, en la medida que da lugar a un conocimiento insuficiente del documento finalmente aprobado, conlleva la nulidad de pleno derecho del plan urbanístico en cuestión, que no olvidemos que son normas de rango reglamentario, por lo que únicamente admiten una forma de invalidez: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992. Es verdad que a la hora de valorar la trascendencia de los defectos en la cumplimentación de este trámite ha de atenderse, al fin y a la postre, a las concretas circunstancias del caso conforme a la valoración casuística propia en estos casos, pues a tal efecto resulta determinante verificar la incidencia específica que esas irregularidades en el trámite hayan podido tener sobre los derechos e intereses de quien los alega. Ahora bien, la regla general sigue siendo que una omisión de la información pública o una relevante deficiencia en la cumplimentación de este trámite, en tanto en cuanto derive en un desconocimiento o un conocimiento insuficiente y sesgado del contenido esencial del plan, constituye un vicio de nulidad radical que, como tal, no es susceptible de convalidación ni subsanación posterior, por la mera interposición del recurso contencioso-administrativo." (FJ 5)*

II. TRIBUTARIO

- 1. Ordenanza fiscal municipal reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general. Los operadores de telefonía móvil no tienen que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal cuando, no siendo titulares de las redes a través de las cuales se efectúan los correspondientes suministros, lo son de derechos de uso, de acceso o de interconexión a éstas.**

La Sala, en su **STS, Sec. 2ª, 10-10-2012 (Rc 4307/2009)** estima el último motivo de casación formulado por la mercantil recurrente, casa la Sentencia de instancia y declara la nulidad del inciso «*con independencia de quien sea el titular de aquéllas*» que emplea el art. 2, apartado 2, de la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Santa Amalia, Badajoz, reguladora de la tasa por el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general. En particular, el referido inciso queda sin efecto por cuanto que incluye en la definición del hecho imponible de dicha tasa la utilización, independientemente de quien resulte ser su titular, de antenas, instalaciones o redes que materialmente ocupen el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales.

En línea con lo anterior, se anula también el apartado 2 del art. 3 de dicha Ordenanza, al atribuir la consideración de sujeto pasivo de la tasa controvertida no sólo a las empresas o entidades explotadoras de telefonía móvil que sean titulares de las redes a través de las cuales se efectúen los correspondientes suministros, sino también a los operadores que utilicen estas redes ajenas, ya sea por disponer de derechos de uso, de acceso o de interconexión.

Todo ello es consecuencia de la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Cuarta, de fecha 12 de julio de 2012, Vodafone España, S.A., y France Telecom España, S.A., en los asuntos acumulados C-55/11, 57/11 y 58/11, en la que se declaró lo siguiente:

«1) *El artículo 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de Marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un canon por derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, a los operadores que, sin ser propietarios de dichos recursos, los utilizan para prestar servicios de telefonía móvil.*

2) *El artículo 13 de la Directiva 2002/20 tiene efecto directo, de suerte que confiere a los particulares el derecho a invocarlo directamente ante los órganos*

jurisdiccionales nacionales para oponerse a la aplicación de una resolución de los poderes públicos incompatible con dicho artículo».

Como concluye la Sala, esta Sentencia del TJUE «obligará a los tribunales españoles a corregir su doctrina e incluso al legislador a modificar el TRLHL para excluir expresamente a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales. Obviamente deberá modificarse también la regulación de las ordenanzas municipales para ajustarse a los parámetros de la Directiva autorización y al conjunto de las Directivas del sector dictada en el año 2002» (FD Tercero).

2. Impuesto sobre Sociedades. Inaplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores a una operación de Leveraged Buy Out, compra apalancada, en su modalidad Merger Leveraged Buy Out, fusión apalancada, por inexistencia de motivos económicos válidos.

En la **STS, Sec. 2ª, 12-11-2012 (Rc 4299/2010)** la Sala llega a las siguientes conclusiones en relación con la interpretación del contenido original del art. 110.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades:

1ª.- Que la expresión «*principalmente con fines de fraude o evasión fiscal*» utilizada por dicho precepto no puede equipararse en modo alguno al fraude de ley tributaria contemplado en el art. 24.3 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (LGT), sino que debe, más bien, asociarse al principio general del Derecho recogido en el art. 7.2 del Código civil referente a la prohibición del abuso del derecho y su ejercicio antisocial; y,

2ª.- Que la Administración tributaria, a la hora de acreditar que la operación de reestructuración empresarial discutida se ha efectuado «*principalmente con fines de fraude o evasión fiscal*», se halla legitimada para acudir a la prueba de presunciones del art. 118.2 de la LGT, desplazando, de esta manera, la carga de acreditar la concurrencia de motivos económicos válidos en dicha operación hacia el obligado tributario.

Constatado lo anterior, la Sala analiza si en la operación de Merger Leveraged Out o fusión apalancada objeto de discusión concurren o no motivos económicos válidos, para lo cual considera las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a tal fusión, pues advierte que lo contrario vulneraría la jurisprudencia comunitaria, al no efectuarse una valoración global de la misma.

Previamente, define la operación sometida a su consideración como aquella en virtud de la cual una sociedad existente o creada al efecto (“sociedad vehículo”

o “*holding company*”, “*venture capital company*” o “*newco*”) se endeuda para adquirir el control de otra, es decir, realiza una “compra apalancada” o *Leveraged Buy Out* (LBO), procediendo después la adquirente a absorber a la controlada (“sociedad objetivo” o “*target company*”), dando lugar a una fusión hacia delante o “*forward leveraged buy-out*”, o es absorbida por ella, produciéndose la fusión inversa o “*reverse leveraged buy-out*”. Y, acto seguido, fija la atención en el hecho de que las fusiones apalancadas pueden perseguir objetivos diversos, no solamente fiscales, como, por ejemplo, facilitar la reorganización empresarial, mejorar la gestión del capital empresarial, evitando la sobrecapitalización, o armonizar los intereses de la propiedad y de la gestión, razón por la cual estima necesario examinar, caso por caso, cuáles son los objetivos perseguidos por la operación, puesto que sólo si se llegara a la convicción de que los fines fiscales fueron los preponderantes, podría concluirse que la fusión apalancada no se realizó por motivos económicos válidos.

En el caso de autos, tres fueron los motivos económicos que adujo la recurrente, a saber: **(i)** la simplificación administrativa, **(ii)** el ahorro de costes y **(iii)** la exigencia de llevar a término la fusión, en virtud de las obligaciones contractuales asumidas.

Para la Sala, resulta incuestionable que los dos primeros no son suficientes, al resultar inherentes a toda operación de fusión por absorción, en la medida en que esta última implica, por definición, una simplificación de la estructura del grupo.

En cuanto al tercero, la Sala considera que más que un motivo económico válido es una consecuencia obligada de la fórmula utilizada para adquirir la sociedad objeto de la transacción efectuada.

Como consecuencia de todo ello, la Sala coincide con el Tribunal *a quo* en que en el caso enjuiciado no existían motivos económicos válidos, porque el objetivo de la operación diseñada era preponderantemente fiscal, ya que la mercantil absorbente «*no desarrollaba ninguna actividad ni poseía ningún bien, salvo las acciones de la sociedad absorbida, de tal forma que lo que surge tras [l]a fusión no es algo distinto de lo que ya existía*». Además, «*con posterioridad a la fusión, la entidad absorbente [...] estaba participada por los mismos socios que poseían el capital de la entidad absorbida y, prácticamente, con el mismo personal y los mismos medios que con anterioridad a la fusión tenía la absorbida, incluso se cambia la denominación social de la sociedad absorbente por la de la sociedad absorbida*», no pudiendo apreciarse así que se buscara «*conseguir una mayor eficiencia en la gestión o funcionamiento de la actividad desarrollada*» (FD Cuarto).

3. Procedimientos tributarios. La anulación de una liquidación como consecuencia de una resolución judicial no impide a la Administración tributaria girar otra nueva, independientemente de que el vicio o

defecto determinante de tal anulación sea de carácter formal o de fondo.

En la **STS, Sec. 2ª, 19-11-2012 (Rcil 1215/2011)** la cual contiene tres votos particulares, se cuestiona la facultad de la Administración tributaria de reiterar actos de naturaleza tributaria tras haber sido anulados por sentencia judicial, independientemente del tipo de vicio o defecto determinante de la anulación.

Considera la Sala que, al no restringirse en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la posibilidad de remediar los vicios que hayan conducido a la estimación del recurso interpuesto, debe estarse a la regulación contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, normativa que permite la reiteración de los actos anulados, tanto en el caso de vicios de forma o procedimiento, como en el de infracción sustantiva o «*error iuris*».

En consecuencia, ha de entenderse que la Administración tributaria está facultada para girar nuevas liquidaciones tributarias, cuando las anteriores hayan sido anuladas por un órgano jurisdiccional, con independencia del tipo de defecto que generó tales anulaciones, sin que en el ejercicio de tal facultad aquélla pueda olvidar, por un lado, la jurisprudencia existente en torno a la interrupción de la prescripción y la negativa a reconocer tal efecto a los actos nulos de pleno derecho, y, por otro, que se halla limitada por la imposibilidad de repetir el mismo error, no pudiendo tener tampoco consecuencias en la determinación de los correspondientes intereses de demora.

Por lo expuesto, y respetando la situación jurídica particular de la Sentencia recurrida, la Sala estima el recurso de casación en interés de ley y fija la siguiente doctrina legal:

«La estimación del recurso contencioso-administrativo frente a una liquidación tributaria por razón de una infracción de carácter formal, o incluso de carácter material, siempre que la estimación no descansa en la declaración de inexistencia o extinción sobrevenida de la obligación tributaria liquidada, no impide que la Administración dicte una nueva liquidación en los términos legalmente procedentes, salvo que haya prescrito su derecho a hacerlo, sin perjuicio de la debida subsanación de la correspondiente infracción de acuerdo con lo resuelto por la propia Sentencia».

4. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. La constitución de una comunidad de bienes que adquiere un solar con la finalidad de construir en él unas viviendas para adjudicar a los comuneros es una operación sujeta al Impuesto

sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad operaciones societarias.

La **STS, Sec. 2ª, 11-12-2012 (Rcud 171/2010)** estima el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado por la Comunidad de Madrid contra la Sentencia núm. 30.646/2009 dictada, con fecha 21 de septiembre de 2009, por la Sección de Apoyo a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, entrando en el fondo del asunto, declara conforme a Derecho la liquidación practicada por la Administración autonómica en relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad operaciones societarias.

Para la Sala, las circunstancias de hecho expresadas en la Sentencia de 19 de junio de 2009 (rec. cas. núm. 3066/2006), aportada de contraste por la Administración autonómica recurrente, concurren en el caso sometido a su consideración, lo que le lleva a concluir que la Comunidad de Propietarios Residencial O'Donnell 2, C.B., se constituyó con la finalidad de desarrollar una actividad empresarial, a saber, la adquisición de un solar en «*proindiviso*» con la finalidad de construir en él unas viviendas para, posteriormente, adjudicarlas a los comuneros, razón por la cual debió, en virtud de lo establecido en el art. 22.4 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, quedar equiparada a las sociedades y, por tanto, proceder al pago del Impuesto a título de contribuyente.

5. Impuesto sobre el Valor Añadido. Para tener derecho a la deducción de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido soportadas como consecuencia de operaciones fraudulentas es necesaria la concurrencia de buena fe en el sujeto pasivo que pretende practicársela.

En la **STS, Sec. 2ª, 28-01-2013 (Rc 3272/2010)** la Sala confirma la decisión adoptada por el Tribunal *a quo* cuando afirma que no es posible aplicar al caso enjuiciado la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de acuerdo con la cual no puede reconocérsele el derecho a deducir el Impuesto sobre el Valor Añadido soportado a quien sabía o debía haber sabido que, mediante su adquisición, participaba en una operación que formaba parte de un fraude en dicho tributo, aun cuando dicha operación cumpliera con los criterios objetivos en los que se basan los conceptos de entregas de bienes efectuadas por un sujeto pasivo que actúa como tal y de actividad económica. Y ello por la sencilla razón de que, según se declara probado en la Sentencia de instancia, la recurrente era concedora de que indicaba en la factura como proveedora a una empresa sin contenido real, con la que no había contratado.

En estas condiciones, para la Sala carece de importancia «el dato de que el domicilio de las empresas suministradoras ficticias que [se] hizo contar en las facturas fuese el que aparecía en su respectivo NIF o el hecho de que a esas compañías la Administración les hubiese autorizado a renunciar a [la] exención que, a la sazón, se reconocía a las empresas que operaban en el mercado de la recuperación de metales», pues tales circunstancias -concluye-, «serían relevantes sólo en el caso de que hubiera que determinar si [la recurrente], no siendo consciente del fraude, habría debido saber de su existencia» (FD Cuarto).

6. Impuesto sobre Sociedades. La facultad para apreciar la concurrencia de una causa de disolución de una sociedad, a efectos de determinar su exclusión del grupo consolidado, no corresponde a la Inspección de los Tributos.

La Sala recuerda, en su **STS, Sec. 2ª, 11-02-2013 (Rc 3736/2010)** que no pueden formar parte de un grupo de sociedades todas aquellas compañías que, como consecuencia de las pérdidas sufridas, dejen reducido su patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad de su capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso, resultando imprescindible, al concurrir esta causa de disolución social, acuerdo de la Junta General, debidamente convocada por los administradores o, en su defecto, si no se produjese la convocatoria o el acuerdo no se alcanzase, un pronunciamiento judicial a instancia de cualquier interesado.

Por eso considera que, si las cuentas anuales aprobadas por la Junta General de una sociedad no reflejan una situación como la descrita, ni, por consiguiente, nadie de los legitimados para ello ha instado su disolución, la Inspección de los Tributos no puede excluirla del grupo consolidado, sin perjuicio de su potestad de corregir y determinar el resultado contable a los solos efectos de fijar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, pues no se puede olvidar que en el sistema jurídico español y en la disciplina de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, se trata de la apreciación de una situación objetiva de insolvencia que es presupuesto del concurso, para cuya declaración son competentes los jueces mercantiles.

Las anteriores reflexiones obligan a la Sala a estimar el motivo de casación planteado y a casar la Sentencia de instancia en este punto.

7. Recurso de casación contra Auto en materia de ejecución de sentencia llevada a cabo por la Administración tributaria. El recurso de casación debió inadmitirse, al formularse por el cauce del art. 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, se plantea la cuestión de la destipificación de la infracción en aplicación del art. 15 de la Ley 58/2003, General Tributaria, el cual regula el «conflicto en la aplicación

de la norma tributaria», que posee relevancia constitucional y debe ser resuelta. Calificación de la operación en fraude a la ley o conflicto en la calificación de la norma, supuesto que no constituye simulación, lo que determina la imposibilidad de ejecutar la sanción aunque no fuera recurrida, por desaparición sobrevenida del supuesto típico.

En la **STS, Sec. 2ª, 14-02-2013 (Rc 1543/2012)** la Sala considera que el recurso de casación, al basarse en los motivos recogidos en el apartado d) del art. 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), debía haber sido inadmitido, pues tratándose de recursos contra autos dictados en ejecución de sentencia, no podían invocarse otros motivos que los específicamente previstos en el art. 87.1.c) de la LJCA. Y ello en razón de que en la casación en ejecución de sentencia no se trata de enjuiciar la actuación del Tribunal de instancia, bien al juzgar, bien al proceder, objetivo al que responden los motivos del art. 88.1, sino de garantizar la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado en cumplimiento del mismo.

Sin embargo, en el recurso planteado concurre una circunstancia, que obliga a la Sala a conocer la cuestión planteada, a saber, la referente a la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables, lo cual se hace extensivo al caso de que una norma posterior elimine la infracción por la que se impuso una sanción, siempre y cuando ésta última no hubiere sido ejecutada.

En particular, los recurrentes plantean que la calificación como negocio indirecto de la operación enjuiciada por la Sentencia de instancia supone la destipificación de la infracción apreciada, a la vista de que aquél se encuentra incluido en el denominado «conflicto de aplicación de la norma tributaria», regulado en el art. 15 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, planteamiento este que obliga a la Sala a partir inexcusablemente de que la calificación de la operación a tener en cuenta es la llevada a cabo por la Sentencia de instancia, sentencia firme, en la que se concluye, en relación con dicha calificación, que el resultado de la conjunción de la venta de los derechos de suscripción y de su depósito es un negocio jurídico susceptible de calificarse de «indirecto».

Sobre tales premisas, la Sala concluye que los requisitos de artificiosidad, de ausencia de motivo económico válido y de obtención de una ventaja fiscal que no se hubiese logrado con el negocio usual, se cumplen tanto en el negocio en fraude de ley como en el negocio indirecto. Y que la inexistencia de sanción, obliga a estimar los motivos formulados por los recurrentes, al resultar destipificada la infracción, tal y como éstos alegan.

8. Extinción de la deuda tributaria. Prescripción. Bajo la vigencia de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, el plazo de

prescripción para solicitar la devolución del ingreso indebido por el tributo que fuera declarado improcedente por el órgano encargado de dirimir tal cuestión, en el caso de tributos que gravaran una misma operación y que resultaran incompatibles entre sí, debía comenzar a contarse desde la resolución del precitado órgano, tal y como ahora proclama de modo expreso el art. 67.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

La **STS, Sec. 2ª, 28-02-2013 (Rc 1414/2011)** aplica el art. 65 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, y rechaza que la Sala de instancia lo haya infringido, al considerar que únicamente tras la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 7 de septiembre de 1999, de la que se extrae que la operación en cuya virtud se adjudicaron judicialmente a la mercantil recurrida en casación dos solares se encontraba sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido y no al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se pudo ejercer la correspondiente acción de devolución.

En este sentido, manifiesta la Sala que la previsión específica contenida en el art. 67 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, con relación a casos como el enjuiciado y que afectan a tributos que gravan una misma operación y que resultan incompatibles entre sí, ha de servir como elemento interpretativo a tener en consideración, pues responde a toda lógica que el plazo de prescripción para solicitar en estos casos la devolución del ingreso indebido del tributo improcedente comenzará a contarse desde la resolución del órgano específicamente previsto para dirimir cuál es el tributo procedente. Para la Sala, esta conclusión se ajusta plenamente a la finalidad que persigue la figura de la devolución de ingresos indebidos, que, en definitiva, no es otra que la de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, enriquecimiento que en este caso se produciría si se le privara de tal derecho al contribuyente que procede a ingresar en concepto de transmisiones patrimoniales onerosas una cantidad que, de acuerdo con una resolución de la propia Administración, se consideró que resultaba improcedente, al no estar sujeta la operación a dicho concepto, siendo, por tanto, el ingreso incorrecto, privación que se pretende fundamentar en la prescripción de la acción, al situar el inicio del cómputo de su ejercicio en el día del ingreso, en el que se desconocía su condición de indebido, tesis que la Sala no comparte habida cuenta que el inicio de tal plazo ha de situarse necesariamente en aquella fecha en que se declaró tal condición.

III. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Costas procesales. Limitación del arancel del procurador en el pronunciamiento sobre las costas del recurso.

El **ATS, Pleno, 05-03-2013 (Rc 2495/2009)** señala que el artículo 139.3 LJCA permite a los órganos judiciales del Orden contencioso-administrativo limitar hasta un determinado tope o cifra máxima la imposición de las costas - sin distinciones entre sus diferentes partidas- que el vencido en el recurso ha de satisfacer a la parte favorecida por el pronunciamiento condenatorio. No hay, a juicio de la Sala, razones válidas para que los derechos arancelarios de los Procuradores queden eximidos de esta limitación. Esto es, la aplicación del arancel en el seno de las relaciones de servicio entre el Procurador y su cliente no tiene por qué ser trasladada, de modo automático, a la condena en costas cuando es posible en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo que éstas se limiten hasta un máximo, no necesariamente coincidente con el que resulta del arancel aplicable a aquellas relaciones privadas. Ahora bien, dicho esto, matiza el Tribunal que esa facultad de moderación debe hacerse efectiva al momento de decidir como cuestión aneja a la principal y en función de su resultado, de manera que el Auto que pone fin a una controversia sobre la "tasación" de costas, no puede introducir en la "imposición" límites que no hubiera establecido el pronunciamiento que recayó sobre esta imposición. En este mismo sentido, el **ATS, Pleno, 05-03-2013 (Rc 3678/2010)** apunta que *"de no hacerse uso por la Sala sentenciadora de la facultad que le confiere el apartado tercero del artículo 139 de la Ley de esta Jurisdicción al pronunciar sentencia, no cabe reducir en un momento posterior los derechos arancelarios del Procurador de la parte beneficiada por la condena en costas"*

2. Cuando las Administraciones Públicas comparecen en un proceso defendidas por Letrados de sus servicios jurídicos y representadas por Procuradores libremente designados por ellas, y como consecuencia del resultado del litigio el Tribunal condena en costas a quien demandó a la Administración, en las mismas no deben incluirse los derechos devengados por los Procuradores.

El **ATS, Pleno, 19-06-2012 (Rc 4005/2008)** da respuesta al interrogante consistente en si cuando las Administraciones Públicas comparecen en un proceso defendidas por Letrados de sus servicios jurídicos y representadas por Procuradores libremente designados por ellas, y como consecuencia del resultado del litigio el Tribunal condena en costas a quien demandó a la Administración, en las mismas deben incluirse o no los derechos devengados por los Procuradores de conformidad con el arancel que resulta de aplicación a la intervención de esos profesionales. Pues bien, considera el Tribunal Supremo que *"en todo caso, las Comunidades Autónomas para comparecer en juicio no necesitan de Procurador puesto que sus Letrados, como sucede en el caso del Abogado del Estado, asumen la representación y defensa de la Comunidad, y otro tanto sucede con las Corporaciones Locales, ya que aún en el supuesto de que no utilicen sus servicios jurídicos y designen Abogado colegiado, el mismo, según expresa la Ley, asume su representación y defensa. En estas circunstancias es claro que en este asunto la presencia en el recurso de ambos Procuradores, representando a la Comunidad Autónoma y a la Corporación Local, es fruto de una decisión que solo es imputable a las Administraciones que así lo acordaron, de modo que el abono de los derechos*

devengados por los Procuradores no deberá recaer sobre quien interpuso el recurso”.

3. Carácter preceptivo de la publicación de la interposición del recurso cuando se impugna una disposición general. Interpretación del artículo 47.2 LJCA.

Los **AATS, Pleno, 04-02-2013 (RRca 349, 355 y 358 de 2009)** declaran la necesidad de proceder al anuncio de la interposición del recurso contencioso-administrativo mediante su publicación en el Boletín oficial del Estado cuando se impugna una disposición general. Parte la Sala de la redacción vigente del art. 47.2 LJCA, donde se establece que *"Si se hubiera iniciado el recurso mediante demanda en los supuestos previstos por el artículo 45.5 y éste se dirige contra una disposición general, deberá procederse a la publicación del anuncio de interposición de aquél, en el que se concederán quince días para la personación de quienes tengan interés legítimo en sostener la conformidad a Derecho de la disposición, acto o conducta impugnados..."*. Tal y como está redactado, este apartado podría ser interpretado en el sentido de que la publicación solo será obligatoria cuando concurren los siguientes requisitos: se inicie el proceso por demanda, no existan terceros interesados y *"solo"* cuando el recurso se dirige contra una disposición general. Esta interpretación implica excluir de dicha publicación obligatoria, sujetándola al régimen general contenida en el apartado primero de este precepto, los recursos iniciados por demanda contra actos, inactividad o vía de hecho en la que no existan terceros interesados. Pues bien, esta interpretación es rechazada por la Sala, que considera que la hermenéutica correcta del apartado es la siguiente: cuando el artículo 47.2 de la LJ establece la obligación de publicar el anuncio de interposición *"si se hubiera iniciado el recurso mediante demanda en los supuestos previstos por el artículo 45.5"* y añade seguidamente el inciso *"y se dirige contra una disposición general"*, está contemplando dos supuestos diferentes: por un lado, cuando el recurso se inicie por demanda en los supuestos previstos en el artículo 45.5 de la LJ (disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados), y por otro lado, y de forma adicional, *"cuando"* el recurso se dirija contra una disposición general, cualquiera que sea la forma de iniciación. Esta interpretación implica, por consiguiente, la obligación de publicar el anuncio de interposición del recurso contencioso-administrativo siempre que se impugne una disposición general, cualquiera que sea la forma de iniciación del mismo.

4. Solicitud de retroacción de actuaciones judiciales, basada en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Eficacia de las resoluciones de este Tribunal. Canalización de la petición a través del incidente de nulidad de actuaciones.

El **ATS, Sec. 5ª, 13-05-2013 (Rc 4386/1998)** examina una petición de retroacción de actuaciones en un recurso de casación, basada en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dictado una sentencia en

la que se declara que la desestimación de ese recurso de casación, por apreciarse la concurrencia de una causa de inadmisión del mismo, vulneró el artículo 6.1 del Convenio Europeo de derechos Fundamentales. La Sala recapitula la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de las sentencias estimatorias del TEDH en relación con las resoluciones judiciales firmes dictadas por los Tribunales españoles, recordando que dichas sentencias tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos (en este caso sentencias) declarados contrarios al Convenio, esto es, son resoluciones sin efecto directo anulatorio ni ejecutoriedad a cargo de los Tribunales españoles. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha matizado el rigor de esta doctrina, bien que de forma casuística, puntualizando que el hecho de que el Convenio europeo no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni tampoco a introducir reformas legales que permitan la revisión judicial de las Sentencias firmes a consecuencia de la declaración por el Tribunal de la violación de un derecho de los reconocidos por el Convenio, no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio. Así las cosas, entiende el Tribunal Supremo que *“conjugando, pues, la regla general y el matiz o salvedad a la misma, cabe concluir que una vez declarada por Sentencia del propio TEDH una violación de un derecho reconocido por el Convenio europeo que constituya asimismo la violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, la posibilidad de dar a la sentencia estimatoria del TEDH una operatividad práctica en forma de efecto anulatorio requiere como presupuesto necesario que la vulneración del derecho fundamental declarada por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos siga siendo "actual" y consiguientemente precise de la adopción de medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental (FJ 3º, in fine, de la citada STC 197/2006), no siendo ocioso recordar que la concesión por el TEDH de una compensación económica o reparación equitativa permite por lo general entender desaparecida la actualidad de la infracción. Ahora bien, aun constatada la existencia de una infracción actual en los términos expuestos, se hace preciso determinar si existe en el Ordenamiento interno español un cauce procesal adecuado para dar lugar a ese efecto anulatorio, pues aun asumiendo la necesidad de que las sentencias del TEDH tengan funcionalidad práctica y no se limiten a meras declaraciones carentes de trascendencia para los beneficiados por ellas, de poco sirve esta toma de posición si no se dispone de mecanismos procesales que permitan dar a las resoluciones del TEDH la operatividad que se les quiere atribuir”*. Situada en esta perspectiva, valora la Sala la reforma del incidente de nulidad de actuaciones operada por la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, y aprecia que la nueva caracterización legal del incidente, *“dada la amplitud de la referencia que contiene a la vulneración de derechos fundamentales, abre la puerta a la posibilidad de incluir en su seno, como causa de nulidad invocable a través del mismo, las infracciones de tales derechos que se constatan y declaran por obra de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*. En definitiva, concluye el Tribunal Supremo en este Auto que *“a la espera de que el Legislador aborde esta cuestión de una vez por todas mediante una reforma de las leyes procesales que regule de forma clara y expresa un cauce procesal*

a través del cual reclamar el posible efecto anulatorio de las sentencias estimatorias del TEDH, ha de entenderse que en nuestro Ordenamiento Jurídico interno la nulidad de actuaciones del tan citado artículo 241 LOPJ es el único procedimiento adecuado para dar lugar un pronunciamiento de esta índole, pues realmente no hay en las leyes procesales ningún otro cauce útil para llegar a la misma conclusión”.

5. Cumplimiento de la carga procesal del artículo 45.2.d) LJCA cuando quien recurre es el Abogado del Estado en nombre de la Administración General del Estado.

La **STS, Sec. 5ª, 05-03-2013 (Rc 7011/2010)** examina la forma de cumplir el requisito procesal del artículo 45.2.d) LJCA cuando quien interpone el recurso contencioso-administrativo es el Abogado del Estado en la representación que le es propia de la Administración General del Estado. La Sala parte de la base de que cuando la parte recurrente es una Administración Pública ha de acudir a la normativa rectora de su organización y régimen jurídico a fin de verificar cuál es el órgano competente para acordar el ejercicio de acciones. Así, razona el Tribunal, en el caso de las Corporaciones Locales, el artículo 22.2.j) de la Ley 7/1985, de 2 de abril reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que corresponde al Pleno de la Corporación "*el ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la Corporación en materias de competencia plenaria*", y el artículo 21.1.k) de la misma Ley habilita al Alcalde para "*el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa del Ayuntamiento en las materias de su competencia*", más aún, le permite actuar del mismo modo por razones de urgencia en materias de competencia del Pleno, "*dando cuenta al mismo en la primera sesión que se celebre para su ratificación*". Sin embargo, no existe respecto de la Administración General del Estado ninguna norma que contenga una previsión similar, pues ni la Ley 50/1997, del Gobierno, ni la precitada LOFAGE 6/1997, ni la Ley 52/1997, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, ni tampoco el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, establecen requisito alguno al respecto. Así las cosas, considera la Sala que "*no habiendo, pues, una regulación sobre esta cuestión, ha de entenderse, tal y como aduce el Abogado del Estado, que, a falta de una regulación sectorial específica, la competencia para acordar el ejercicio de acciones judiciales no se residencia en un órgano concreto de la propia Administración del Estado sino que se trata de una competencia implícita en la sustantiva o material que se actúa en cada caso y en cada proceso (lo que no deja de ser lógico dada la extensión y multiplicidad de cometidos que asume la Administración General del Estado y su consiguientemente compleja estructura organizativa central y periférica)*". No se desvirtúa esta conclusión, añade esta sentencia, por lo establecido en el artículo 23.6 LOFAGE, a cuyo tenor los Delegados del Gobierno ostentan competencia para velar por el cumplimiento de las competencias atribuidas, constitucionalmente, al Estado y la correcta aplicación de su normativa, promoviendo o interponiendo, según corresponda, conflictos de jurisdicción, conflictos de atribuciones, recursos y demás acciones legalmente procedentes; pues, afirma el tribunal Supremo, "*es esta una competencia de carácter general y transversal que se atribuye a los Delegados del Gobierno, que como tal no reviste naturaleza exclusiva y excluyente, y por*

ende no sustituye ni deja sin efecto -sino que se añade- a la que corresponde a los demás órganos de la Administración del Estado para la promoción y defensa de los intereses sectoriales que tienen respectivamente encomendados" (FJ 3º).