

# **Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía**

**SUMARIO:** I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. BIENES PÚBLICOS. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO. ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIAL. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

## **Tribunal Supremo (\*)**

### **II. ADMINISTRACIÓN LOCAL**

#### **ORDENANZA MUNICIPAL**

El TS estima que la Ordenanza municipal que se somete a su control vulnera el principio de igualdad y el principio de reserva de ley.

“Sin embargo, la Ordenanza resulta disconforme a Derecho en dos extremos, que examinaremos a continuación.

A) El artículo 26.2 exime de la obligación de pasar la inspección técnica a las personas jurídicas-públicas, a las representaciones diplomáticas y los organismos internacionales.

Esta exención infringe el principio de igualdad (artículo 14 de la C.E ya que las personas jurídico-públicas, las representaciones diplomáticas y los organismos internacionales no están exceptuados del deber de conservación (artículo 19.1 de la Ley 6/98, y ni el Preámbulo de la Ordenanza aclara ni se descubre cuál es la razón de esta exención. Desde luego, no puede ser la de que estos organismos pueden contar con técnicos propios que vigilen el estado de los edificios, ya que ello no es privativo de las personas jurídico-

---

(\*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

públicas y además la Ordenanza no prohíbe en absoluto que la inspección la lleven a cabo los técnicos propios (artículo 27). Lo que carece de justificación es que, con o sin técnicos propios, se exima de una obligación general y accesoria del deber de conservación, a ciertas personas jurídicas de naturaleza pública que resultan ser propietarias de edificios; siendo así, por lo demás, que las personas jurídico-públicas no tienen reconocida ninguna exención en el ámbito urbanístico (v. gr. obligación de conservación, necesidad de licencias, contribución a los gastos de urbanización, sometimiento a técnicas de equidistribución, posible ruina de los edificios, etc.).

B) El artículo 32, números 1 y 2, de la Ordenanza impugnada prevé un sistema de multas coercitivas como forma de ejecución de las ordenes de realización de las inspecciones (hasta tres multas de 75.000 pesetas cada una). Este sistema de multas coercitivas carece de apoyatura legal, exigida en el artículo 99.1 de la Ley 30/92, a cuyo tenor sólo podrán imponerse “cuando lo autoricen las leyes y en la forma y cuantía que estas determinen”.

Ninguna Ley autoriza la imposición de multas coercitivas a propósito del cumplimiento del deber de conservación ni, mucho menos, a propósito del deber accesorio de su acreditación.

Por ello, debemos anular ese extremo del artículo 32 de la Ordenanza.

El Preámbulo de ésta, a fin de apoyar su afirmación de que las multas coercitivas (a diferencia de las sanciones) no necesitan la apoyatura de una Ley, llama en su ayuda a la sentencia del Tribunal Constitucional 239/1988, de 14 de diciembre. Sin embargo, tal sentencia no dice lo que se le atribuye: no dice que las multas coercitivas no estén sometidas a la reserva de ley, sino sólo que, al no ser sanciones, esa reserva no forma parte del principio de legalidad protegido en el artículo 25.1 de la C.E y no puede por ello fundar un recurso de amparo. lo que es distinto. Por ello concluye esa sentencia diciendo que “consecuentemente, el planteamiento de la suficiente cobertura legal en relación con las multas coercitivas. como respecto a los demás medios de ejecución forzosa del art. 104 LPA, es únicamente reconducible al ámbito de la sumisión de la Administración a la Ley en el marco del general del principio de legalidad proclamado ciertamente en los arts. 9.3 y 103 CE, pero sin el carácter de un correlativo derecho fundamental susceptible de amparo, y como tal únicamente residenciable en sede judicial ante los órganos de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, conforme a la función revisora que les atribuye el art. 106 CE”.

Hay, por lo tanto, reservas de Ley distintas a las del artículo 25.1 de la C.E. y que no tienen dimensión de amparo constitucional, pero cuya infracción acarrea la nulidad de la disposición.

Que es lo que ocurre en este caso.”

*(STS de 26 de junio de 2007. Sala 3ª Sec. 5ª. F.D. 10º. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil. Ar. 8362)*

### III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Las Notas informativas no tienen valor normativo, pero los principios de buena fe y confianza legítima no permiten a la Administración una determinada interpretación de las normas que favorecen a los interesados y despreciarla después.

“Ciertamente, como hemos apuntado en numerosas sentencias, de innecesaria cita por su reiteración, ni esas notas informativas tienen valor de norma (aunque sólo fuera porque no fueron publicadas en el B.O.E.) ni puede limitar las facultades interpretativas de las norma que aquellos tienen. Sin embargo, ello no significa que carezcan de valor alguno, sobre todo habida cuenta que los criterios expuestos por la Administración en esa Nota Informativa han sido llevados a los mismos formularios que la Administración proporciona a los interesados.

La seguridad jurídica (artículo 9.3 de la C.E. y la interdicción de la arbitrariedad (art 9.3 C.E.) no permite a la Administración hacer pública una determinada interpretación de las normas que favorece a los interesados y despreciarla después. Y los Jueces y Tribunales deben tener en cuenta esta circunstancia, para que no sufran los principios de buena fe y confianza legítima.

Situados, pues, en esta perspectiva de análisis, resulta que la Administración denegó el permiso de residencia temporal sin explicar qué requisito o requisitos era el que no se cumplía. Dijo sólo, literalmente, que “del análisis de la documentación aportada por el ‘solicitante y de la información unida al expediente no resultan acreditados los requisitos prevenidos y regulados en la mencionada Ley, artículo 31.4, y en el citado Real Decreto, artículos 50, 56 y 57, pero ya hemos razonado que los requisitos que debía exigir al interesado eran únicamente los resultantes de las notas informativas precisadas, y lo cierto es que el interesado presentó junto con su solicitud documentación acreditativa de los extremos ahí requeridos: una oferta de empleo cuya validez y seriedad no fue negada por la propia Administración, y diversos documentos que se adjuntaron para justificar la estancia en España anterior al 23 de enero de 2001, así, un documento comercial de noviembre de 2000, un documento de cambio de moneda de diciembre de 2000, y finalmente un escrito firmado por dos personas en representación de la Asociación de beneficencia denominada “Sociedad de San Vicente de Paúl” (Conferencia de Ejea de los Caballeros), donde se hacía constar que el solicitante acudía con frecuencia a ese centro desde finales de diciembre de 2000, es decir, antes del día 23 de enero de 2001. La validez de estos documentos tampoco fue expresamente discutida por la Administración. Por lo demás, la propia sentencia de instancia parece reconocer como dato cierto que, efectivamente, el interesado reunía ese requisito de estancia en España anterior a la fecha indicada.

Por tanto, puede afirmarse que concurren las siguientes circunstancias: 1º).- existe una potencial incorporación del recurrente al mercado de trabajo; y 2º).- el interesado residía en España desde fecha anterior al 23 de enero de 2001.

Concurre, pues, el arraigo, razón por la cual procede declarar haber lugar al recurso de casación, revocar la sentencia impugnada y estimar el recurso Contencioso-Administrativo.”

*(STS de 22 de noviembre de 2007. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 3º. Magistrado Ponente Sr. De Oro-Pulido y López. Ar. 8205).*

## X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

La simple inobservancia se concreta en la falta de diligencia observada por la Entidad Local recurrente, a la hora de realizar vertidos sin la correspondiente autorización.

“Como decimos, la Sala de instancia desestimó el recurso Contencioso-Administrativo formulado contra la Orden Ministerial recurrida, y se basó para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en la siguiente argumentación, que recogemos, exclusivamente, en los aspectos discutidos en el presente recurso de casación:

a) Por lo que se refiere a la falta de culpabilidad la sentencia de instancia señala que “el principio de culpabilidad” en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 dispone que solo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo (a partir de sus sentencias de 24 y 25 de enero y 9 de mayo de 1983) y la doctrina del Tribunal Constitucional (después de su STC 76/1990), destacan que el principio de culpabilidad, aún sin reconocimiento explícito en la Constitución, se infiere de los principios de legalidad y prohibición de exceso (artículo 25.1 CE), o de las exigencias inherentes a un Estado de Derecho, y requieren la existencia de dolo o culpa.

Pues bien, la conducta que configura el ilícito administrativo previsto en el artículo 108.1) de la Ley de Aguas requiere la existencia de culpa, que se concreta, por lo que ahora interesa, en la falta de diligencia observada por la Entidad local recurrente a la hora de realizar vertidos sin la correspondiente autorización. Esta acción, por la que ha sido sancionada en otras oca-

siones –Sentencia de esta Sala de 15 de marzo de 2001 dictada en el recurso 1001/1998–, configura el elemento culpabilístico de la infracción administrativa y resulta imputable a la recurrente. En este sentido, la demora en la construcción de la nueva depuradora que, a juicio del Ayuntamiento recurrente, es responsabilidad del Ministerio de Medio Ambiente no puede comportar la falta de culpabilidad del Ayuntamiento, pues lo cierto es que cualquiera que sea la infraestructura de la que se disponga, las Entidades locales tienen atribuida la competencia para la recogida y tratamiento de residuos y tratamiento de aguas residuales, según dispone el artículo 25.2.1) y 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local. En este sentido, los documentos acompañados con el escrito de demanda, recortes de periódicos y comunicaciones con la Administración del Estado sobre la participación de esta Administración en la expresada construcción, no sustraen del ámbito municipal las competencias que legalmente tiene atribuidas, siendo cuestión distinta las fórmulas de colaboración entre las distintas Administraciones que lejos de alterar el diseño de competencias se cimienta sobre el mismo. En consecuencia, la falta de planificación o previsión para el tratamiento de aguas residuales, así como los acuerdos con otras Administraciones no permiten al Ayuntamiento recurrente incumplir las previsiones de la Ley de Aguas, sustrayéndose al régimen sancionador que diseña, ni configurar el supuesto de fuerza mayor que se alega en el escrito de demanda.”

*(STS de 31 de octubre de 2007. Sala 3ª Sec. 5ª. F.D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 8471)*

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

### INTIMIDAD DEL DOMICILIO

El TS reconoce la vulneración del artículo 18.1 y 2 de la Constitución, por contaminación acústica.

“La sentencia recurrida no sólo está conforme con lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1950 sino que es igualmente acorde con los artículos 18.1 y 2 de la Constitución (la sentencia solo acoge la violación del derecho a la intimidad del domicilio) y con el artículo 45 de esta misma norma fundamental.

Debe subrayarse que la competencia para la vigilancia de este derecho fundamental viene establecida por el artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local para el Municipio, todo ello en relación con lo dispuesto en los artículos 6, 36 y 37 del Reglamento de Actividades Molestas,

Insalubres, Nocivas y Peligrosas existiendo aprobada por el Ayuntamiento de Bilbao una Ordenanza de Protección del Medio Ambiente.

En efecto, como sostiene el Fiscal en sus alegaciones, de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 21 de febrero de 1990 (Caso Powell y Rainer contra el Reino Unido); 9 de diciembre de 1991 (Caso López Ostra contra el Reino de España); 19 de febrero de 1998 (Caso Guerra y otros contra Italia); y 16 de noviembre de 2004 (Caso Moreno Gómez contra España), y de la doctrina del Tribunal Constitucional, recaída en la sentencia 119/2001 o la jurisprudencia de esta Sala recogida en sentencia 10 de abril de 2003 ó 29 de mayo del mismo año y las citadas por la sentencia recurrida, se llega a la conclusión del acierto de ésta, en tanto considera infringido el derecho a la intimidad del domicilio de la parte recurrida, puesto que el Tribunal de instancia considera acreditada la concurrencia de un servicio de limpieza viaria en las inmediaciones del domicilio del actor, todos los domingos, entre 6'30 y 8 horas, realizado mediante máquinas barreadoras y baldeadoras que se estiman fuentes productoras de excesos sonoros, dando por buenos los informes del Técnico de Medio Ambiente Municipal y de los Policías Municipales que consideran se superan los decibelios admitidos como máximo, tanto en el exterior como en el interior de las viviendas. Es evidente que la persistencia durante dos años de estos ruidos periódicos, siguiendo lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 16 de noviembre de 2004, puede producir al ser humano un estado de crispación, que a todas luces le altera psíquicamente con obvias repercusiones físicas y le ocasiona la imposibilidad del disfrute de su domicilio y la dificultad de mantener unas mínimas condiciones para el desarrollo de la intimidad personal y material, sin que el Ayuntamiento de Bilbao, haya corregido esta situación.

Es de destacar que, en el expediente administrativo, a los folios 40 a 43, el Informe del Jefe de Negociado de Limpieza Pública, sostiene que los vehículos utilizados "porter" o de baldeo, representan un importante ahorro de agua, pero a cambio, generan algo más de ruido que otros sistemas, pues se sirven de la propia transmisión del motor del vehículo. Pues bien, es evidente que escoger la solución más económica por las Administraciones Públicas no solo es posible, sino aconsejable, pero no cuando dicha elección supone poner en riesgo la salud o la intimidad del domicilio de los ciudadanos, de tal suerte que, es al Ayuntamiento como competente, a quien corresponde compatibilizar el servicio público que presta, con estos derechos fundamentales, y pese al excesivo tiempo transcurrido, no lo ha hecho. En consecuencia no procede sino confirmar, con la sentencia recurrida, que efectivamente se ha producido una violación del derecho a la intimidad de Don Germán.

El segundo motivo de casación, con fundamento también en el artículo 88.1.d de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se basa en la supuesta infracción de la doctrina contenida en la Sentencia de este Tribunal de 10 de julio de 1995, en relación con los artículos 106.2

y 139 de la Constitución al condenar la sentencia al recurrente al pago de una indemnización sin haberse acreditado que la misma era condición necesaria para la reparación del derecho fundamental supuestamente vulnerado y sin que se hubiera justificado la concurrencia de los requisitos legales para que la Administración incurra en responsabilidad patrimonial objetiva. En el fundamento jurídico cuarto se analiza por la sentencia recurrida, quizá de forma escueta, pero acertada y suficientemente la presencia de los requisitos necesarios para asegurar que nos encontramos ante un servicio público, una actuación ilegal de la Administración y un daño, existiendo una evidente causalidad entre éste y la acción de la Administración. En consecuencia, y siendo ajustada la indemnización concedida, procede desestimar este motivo de casación.”

*(STS de 26 de noviembre de 2007. Sala 3ª, Secc. 7ª F.D. 2º y 3º. Magistrado Ponente Sr. Díaz Delgado. Ar. 8552)*

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

### VÍA DE HECHO Y USUCAPIÓN

La Administración se extralimitó en el procedimiento expropiatorio superando los límites de su actuación legitimadora previa (vía de hecho), si bien ello no impide la prescripción adquisitiva extraordinaria (usucapión de los terrenos).

“El concepto de vía de hecho es una categoría conceptual procedente del Derecho Administrativo francés que desde muy antiguo distingue dos modalidades, según que la Administración haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar el procedimiento establecido por la norma que le haya atribuido ese poder o potestad (manque de procedure).

Dicha categoría conceptual pasó hace tiempo a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente por obra de la doctrina y de la jurisprudencia para comprender en ella tanto la actuación material de las Administraciones Públicas que se producen sin haber adoptado previamente una decisión declarativa que le sirva de fundamento jurídico como aquella otra actividad material de ejecución que excede evidentemente del ámbito al que da cobertura el acto administrativo previo. En este segundo supuesto no se carece de acto previo pero la Administración en su ejecución material excede el título legitimador, extralimitándolo. En definitiva, como se señaló en la STS de 8 de junio de 1993. “La “vía de hecho” o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de co-

bertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite.”

En el caso enjuiciado de encontrarnos ante una vía de hecho lo sería del segundo de los supuestos contemplados puesto que como el mismo actor reconoce y consta en el expediente existió procedimiento expropiatorio de la finca propiedad de sus causahabientes. La cuestión reside así en comprobar si la Administración se extralimitó en el procedimiento expropiatorio, superando grosera y desproporcionadamente los límites que le marcaba su actuación legitimadora previa. Pues bien, tal conclusión no puede extraerse de los antecedentes existentes ya que, como acertadamente señala el Abogado del Estado, el objeto de la expropiación llevada a cabo en 1921 aparece recogido en la hoja de aprecio que consta en el expediente, y se identifica con la finca que en el plano aparece con el número de orden NUM000, lindante por el norte con un arroyo, por el sur con terrenos de don José Ramón, por el este con arroyo y carretera de Pumarín y por el oeste con terrenos de Eusebio, siendo esta la misma finca que es objeto de reversión. Por tanto, la Administración en el procedimiento expropiatorio, concretamente en el momento de la ocupación de los terrenos, no se extralimitó groseramente respecto de aquellos que estaban previamente definidos como objeto de expropiación, sino que se limitó a tomar posesión de los que aparecían descritos en el expediente, en cuanto a sus límites, con independencia de que se hubiera producido un error al determinar su cabida. En este sentido es significativo el informe pericial aportado por el actor junto a su demanda, en el que se realiza una medición de la finca expropiada, que da lugar a una superficie superior a los 3.000 metros cuadrados, pero que se realiza sobre un plano de 1921 en el que se recogen los límites de la finca expropiada que fueron objeto de ocupación, sin que se haya acreditado que la Administración sobrepasara dichos límites en ningún momento.

Al no existir propiamente vía de hecho, en el presente caso no puede sostenerse la nulidad de pleno derecho del procedimiento expropiatorio y, en su consecuencia, el imprescriptible derecho del actor, ochenta años después de la expropiación, a solicitar que se le expropie el exceso de cabida no indemnizado.”

Añade la sentencia recurrida que la Administración “opone también en este proceso, con acierto, su derecho de propiedad sobre el mismo, obtenido por prescripción adquisitiva. Ello es así porque aún en el caso de que admitiéramos a efectos dialécticos que medió vía de hecho por parte de la Administración en el procedimiento expropiatorio en el sentido indicado anteriormente, nada impide que la posesión así ganada sea apta para la usurpación siempre que se den los requisitos previstos en los artículos 1959 y 1963 del Código Civil para la prescripción adquisitiva extraordinaria. Y es indudable que dichos requisitos se dan en el presente caso. El primero de ellos –la adquisición de la posesión– se produjo mediante la ocupación de

la finca que aparecía delimitada sobre plano como objeto de expropiación en el expediente administrativo, circunstancia conocida y consentida por los propietarios en aquel momento, que ninguna oposición presentaron o al menos no consta que lo hicieran, y que con esos límites fue valorada en hoja de aprecio, aunque se recogiera erróneamente una cabida inferior a la real y por tanto una valoración menor de la que correspondía. Además, una vez ganada dicha posesión se ha mantenido por la Administración de forma pública, pacífica y no interrumpida durante casi ochenta años, sin que ninguna oposición se haya manifestado tampoco a lo largo de dicho período de tiempo por los antiguos propietarios, lo que resulta evidenciado por el hecho de que el servicio ferroviario se haya estado prestando con total normalidad durante esos años por el citado ramal.”

*(STS de 9 de octubre de 2007. Sala 3ª Sec. 6ª F. D. 1º Magistrado Ponente Sr. Herro Pina. Ar. 8150).*

## XIV. HACIENDA PÚBLICA

### PROCEDIMIENTO DE APREMIO

Con la notificación de la providencia de apremio se inicia el procedimiento de ejecución, debiendo incorporar aquélla los datos de la certificación de descubierto relativos al origen de la deuda y falta de pago del deudor en el plazo reglamentario.

“Razona al respecto la sentencia recurrida que para que pueda iniciarse el procedimiento de apremio se requiere la confluencia de tres requisitos: 1º) temporal, determinado por el vencimiento del plazo de ingreso; 2º) material, consistente en la acreditación del impago en dicho plazo de la deuda tributaria; y 3º) formal, que exige la expedición de la “certificación de descubierto” que será “título suficiente para iniciar la vía de apremio”, constituyendo presupuesto necesario para la viabilidad del procedimiento (art. 129 LGT). Iniciado el procedimiento, el mecanismo por el que se materializa la potestad administrativa de apremio es la “providencia de apremio”, que según dispone el art. 95 del Reglamento General de Recaudación (Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre), “es el acto de la Administración que despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor en virtud de los títulos” que llevan aparejada ejecución. Con este acto administrativo, en concreto, es cuando cobra sentido el “recargo de apremio”, pues con su notificación el contribuyente se constituye en parte, al permitírsele su entrada en el procedimiento, y, por otra parte, como se desprende del citado art. 95, en esta providencia se fija el “recargo”. Las “certificaciones de descubierto” tienen el carácter de título ejecutivo, conforme al art. 129 de la Ley General Tributaria. Estos títulos ejecutivos

son expedidos “unilateralmente” por la Administración tributaria «inaudita parte» dentro del marco de su actuación interna, provocada por una liquidación previa de una deuda tributaria no satisfecha por el contribuyente en plazo reglamentario, estando dirigidas a las “Dependencias de Recaudación” (art. 100, del Reglamento General de Recaudación de 1969 SIC). Ese documento, título ejecutivo, desencadena el procedimiento de apremio y se trata, como declara la doctrina jurisprudencial (SS. TS, de 10 de noviembre de 1986, 24 de octubre de 1987, 13 de febrero de 1988; entre otras), de una de las manifestaciones de la “potestad de autotutela consistente en que la Administración configure situaciones por sí mismas y, eventualmente, cree sus propios títulos ejecutivos”, quedando así legitimada “la apertura del procedimiento de apremio, uno de cuyos títulos ejecutivos es, entre otros, la certificación de descubierto”, que determina y fija el contenido del procedimiento de apremio, despachándose la ejecución con el acto administrativo de la “providencia de apremio”.

En el presente recurso de casación para la unificación de doctrina la única cuestión a dilucidar es la relativa a la existencia o inexistencia de la certificación de descubierto.

Las sentencias aportadas de contraste constatan pura y simplemente la falta de certificación de descubierto, lo que da lugar a la declaración de nulidad del procedimiento de apremio. Así, la sentencia de la Sección Quinta de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de septiembre de 2000 estima el recurso Contencioso-Administrativo porque “es indudable la improcedencia de la providencia de apremio recurrida, así como del recargo de apremio objeto de la misma ya que fue dictada sin que conste que con carácter previo se levantara certificación de descubierto...”. El mismo criterio sigue la sentencia de la misma Sección de 14 de junio de 2000.

En cambio, la sentencia aquí recurrida constata la existencia de la certificación de descubierto de la providencia de apremio, pues señala (Fundamento Jurídico Cuarto “in fine”) que: “En el presente caso, el motivo invocado por el actor se puede incardinar en el apartado e) del art. 137, de la Ley General Tributaria, es decir, “defecto formal en la certificación o documento que inicie el procedimiento”, al entender que no consta la existencia de la “certificación de descubierto”, lo que acarrea la nulidad de la “providencia de apremio”. Pues bien, la Sala entiende que la Certificación de descubierto, como se constata en la Providencia de apremio, recoge todos los datos requeridos para conocimiento del origen de la deuda tributaria, su falta de pago en el plazo reglamentario, identificando los elementos que constituyen, en definitiva, la deuda tributaria, de la que ha tenido conocimiento el contribuyente a través de la Providencia de apremio, en el sentido ya declarado, que le fue notificada en forma al recurrente. La falta de notificación de la liquidación o la omisión de la providencia de apremio sí que se enumeran como motivos de impugnación de la providencia de apremio, no la falta de notificación de la Certificación de descubierto”.

De lo expuesto con anterioridad se deduce claramente la ausencia de identidad y contradicción entre la sentencia impugnada y las que son aportadas como contraste, pues la sentencia recurrida aprecia la existencia de certificación de descubierto de la misma providencia apremio, circunstancia que no se da en las sentencias de contraste.”

*(STS de 18 de octubre de 2007. Sala 3ª, Secc. 2ª F.D. 1º y 3º Magistrado Ponente Sr. Martínez Micó. Ar. 8465)*

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### MEDIDAS CAUTELARES

El TS analiza las características del régimen general (artículos 129 a 134 LJ) que junto a los supuestos especiales (artículos 135 y 136 LJ) configuran el régimen vigente de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo.

“Vistos los anteriores precedentes, y con la finalidad de responder al motivo de casación planteado, debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1. inciso segundo, se señala que “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del periculum in mora, “la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”.

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios Legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial –y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia– sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus honi iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva. proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los menos fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”; expresión que reitera en el artículo 130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación “en forma circunstanciada” de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de “*numerus apertus*”, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo “en cualquier estado del proceso” (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, “hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley” (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse “las medidas que sean adecuadas” para evitar o paliar “los perjuicios de cualquier naturaleza” que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma “podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho” (133.3).”

*(STS de 13 de junio de 2007. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 8361)*

## XVI. MEDIO AMBIENTE

### MEDIDAS PREVENTIVAS

El TS declara que no procede la ilegalidad del artículo 2º del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

“Lo que se debe examinar en esta cuestión es el precepto cuya legalidad se cuestiona por el órgano judicial decisor, desde un punto de vista abstracto, al margen de que en el caso que concretamente se examina, dicho precepto haya sido aplicado indebidamente por la autoridad que impone la sanción.

No es contraria al principio de legalidad, en la forma que lo plantea el órgano judicial sentenciador, una norma que considera infracción no sólo la presencia real en el establecimiento de sustancias peligrosas, sino también las previsiones de almacenamiento en un futuro próximo, que se demuestren que se vayan a realizar a través de los medios de prueba admitidos en Derecho. Se trata, en definitiva, de evitar con esta previsión que sustancias peligrosas en cantidades superiores a las permitidas y que ya hay constancia de que van a ser almacenadas –facturas, contratos, etc.–, lo sean en la realidad con el peligro que eso representa para la seguridad de las personas y las cosas.

Por lo tanto, lo que se castiga en la norma no son las posibilidades superiores de almacenamiento en función de la capacidad del establecimiento o depósito, sino una conducta ya consumada que demuestra que el propietario de dicho establecimiento almacenará en él en un momento posterior tales sustancias. Actúa la norma con una previsión de futuro, sin necesidad de esperar a que el daño se produzca, lo cual es perfectamente posible en un campo en el que las medidas preventivas son más eficaces que las represivas. Esto es además acorde con el significado del término previsión que da el Diccionario de la Lengua como “ver con anticipación”.

Es posible que en el caso que se contempla tampoco estuviese probado que el almacenamiento se iba a producir, pero dada la función que corresponde a esta Sala de resolver exclusivamente sobre la legalidad de la norma que se le somete en el sentido que se plantea, la conclusión que se impone es la de que no se aprecia que la misma sea contraria al principio de legalidad.

No procede, por tanto, declarar la ilegalidad del art. 2 párrafo segundo del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio.”

*(STS de 23 de octubre de 2007. Sala 3ª Sec. 3ª F.D. 2º Magistrado Ponente Sr. González González. Ar. 8467)*

## XVIII. PERSONAL

### DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

La existencia de discrecionalidad técnica no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, ni el principio de sometimiento pleno de la Administración a la Ley, ni la exigencia de control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa, pero reduce las posibilidades de control jurisdiccional.

“Centrándonos ahora en esta última consideración, la afirmación de la cualificación técnica de la Comisión Nacional de Especialidades se complementa con el reconocimiento de un amplio margen de discrecionalidad técnica a la Administración para la resolución de los expedientes en los que se haya requerido el juicio técnico de aquel Órgano especializado; lo que indudablemente confiere un perfil singular al modo en que se proyecta sobre esta clase de resoluciones el control jurisdiccional a que está sujeta la actividad administrativa en cualquiera de sus ámbitos.

Recuerda el Tribunal Constitucional en el F. 6 de su sentencia 219/2004, de 29 de noviembre lo afirmado en su STC 39/1983; de 16 de mayo en que sostuvo que la existencia de la discrecionalidad técnica “no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.

Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un Órgano especializado de la Administración y, que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”.

Por todo ello, la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción “iuris tantum” solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el Órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debi-

damente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los Órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible y manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del Órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto.

*(STS de 29 de enero de 2008. Sala 3ª Sec. 4ª F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 448)*

## XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### CADUCIDAD

Obligación de expedir y notificar la certificación de caducidad del procedimiento administrativo sancionador.

“Estimaremos el recurso de casación.

El acto administrativo que aquí se impugna es la desestimación por silencio de la siguiente petición que el interesado dirigió a la Administración (mediante escrito que se adjuntó como documento unido al escrito de interposición del recurso Contencioso-Administrativo):

“Que habiendo transcurrido más de seis meses a contar desde la incoación del procedimiento sancionador el 21 de agosto de 2002, y no habiéndose notificado la Resolución expresa al respecto, en virtud del art. 98 del RD 864/01 entendemos que el mismo ha caducado. Que en cumplimiento de lo establecido en el art. 99.3 del RD 864/01 antes mencionado, en relación con lo establecido en el art. 24.1 de la Ley 30/92 modificada por la Ley 4/1999 debe ser expedido acuerdo expreso en este sentido”.

Y ante el silencio de la Administración, se interpuso el recurso Contencioso-Administrativo, declarado inadmisibile por el auto que ahora se recurre en casación.

Como se ve, en el proceso no se impugnaba el acuerdo de iniciación de un expediente sancionador, ni la falta de respuesta a las alegaciones de descargo presentadas en el curso del mismo, sino que se impugnó la falta de respuesta a la solicitud de que se declarara la caducidad del expediente administrativo, por no haberse resuelto en determinado plazo.

Y esta es una petición que será o no acertada, pero su desestimación por silencio da lugar a un acto administrativo perfectamente recurrible, que es el referente a si el expediente ha incurrido o no en caducidad.

La afirmación de la Sala de instancia de que la eventual caducidad del expediente sólo operará y podrá alegarse como motivo impugnatorio una vez –si es que llega a dictarse– se acuerde la expulsión, es equivocada. La caducidad opera y puede alegarse (y su no declaración, expresa o presunta, puede impugnarse) por el puro transcurso del plazo.

Si las cosas fueran de otro modo, y la Administración nunca dictara resolución expresa ni declarara la caducidad, el interesado no podría nunca acceder a los Tribunales de Justicia a fin de que estos la declararan, cosa que carecería de sentido.

*(STS de 22 de noviembre de 2007. Sala 3ª, Secc. 2ª. F.D. 4º. Magistrado Ponente Sr. De Oro–Pulido y López. Ar. 8405)*

## XX. RESPONSABILIDAD

### DAÑO PERMANENTE Y DAÑO CONTINUADO

A efectos de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, resulta determinante la distinción.

“Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen. En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en sentencia del 31 de octubre de 2000. A tal efecto, como señala la sentencia de 25 de junio de 2002 esta Sala viene “proclamando hasta la saciedad (sentencias de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero y 24 de mayo de 1994, 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001 que «el “dies a quo” para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto» (Sentencia de 31 de octubre de 2000), o, en otros términos «aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad» (Sentencia de 18 de julio de 1997.

Sentado lo anterior, carece de fundamento el loable intento que efectúa la representación de la actora en orden a convencer a la Sala de que estamos

en presencia de un daño continuado y no, como razonadamente aprecia la Sala de instancia, de un daño permanente, ya que los argumentos de la recurrente parten de una inequívoca confusión entre secuelas y padecimientos. Hemos de dejar sentado que, en el presente caso, nos encontramos ante la existencia de un daño permanente, dado que en el diagnóstico del hijo de la recurrente, que se realizó tras el parto por el Servicio correspondiente del Hospital de La Paz, del que se dejó nuevamente constancia en el momento del Alta hospitalaria, efectuada el 29 de diciembre de 1987, consta que sufre una Tetraparesia con parálisis cerebral permanente e invariable y se determinan y concretan las secuelas y su alcance (folios 41 y 42 del expediente administrativo). Asimismo, las secuelas del niño aparecen expresadas en la propia demanda de la actora (folio 2 del expediente administrativo); en el informe de Alta del Hospital La Paz de fecha 26 de octubre de 1994 y en una revisión efectuada al hijo de la recurrente. Y cabe destacar que en el informe pericial elaborado por Don Álvaro, a propuesta de la actora, el perito, al referirse a la Tetraparesia expresa en primer lugar que “se entiende por tetraparesia el conjunto de manifestaciones clínicas derivadas de un trastorno permanente, invariable, causado por una lesión en el cerebro”, añadiendo, en segundo lugar que “se trata de un proceso que se establece de una vez para siempre y desprovista de caracteres evolutivos”, y, en tercer lugar, y a las preguntas formuladas por la parte recurrente, el citado Don Álvaro manifiesta que “la tetraparesia espástica que padece el niño es un cuadro de parálisis total de ambos miembros superiores e inferiores, estas lesiones están causadas por una lesión cerebral permanente e irreversible que consta según el informe del TAC cerebral en múltiples hemorragias cerebrales con isquemia (muerte de grupos de neuronas). Estas lesiones son totalmente incurables hasta dónde llega actualmente la ciencia médica”.

Por tanto, comparando el contenido del citado informe médico pericial con los informes médicos relativos a los diagnósticos y secuelas obrantes en el expediente administrativo, a que antes hemos hecho “referencia, se constata la coincidencia de dicho diagnóstico y del alcance y determinación de las secuelas, por lo que no resulta aplicable la tesis mantenida por el recurrente de que en el presente caso estamos ante un supuesto de daño continuado, tratándose por el contrario, como afirma la sentencia de instancia de un daño permanente de carácter irreversible e incurable cuyas secuelas quedan perfectamente determinadas desde la fecha del Alta hospitalaria, efectuada el 29 de diciembre de 1987, por ser en dicha fecha perfectamente previsibles, sin que dichas secuelas que, como decimos, quedaron perfectamente determinadas desde aquella fecha, puedan confundirse con los padecimientos que lamentablemente derivan de ellas y que, ciertamente, evolucionan en el tiempo.

Por lo expuesto, y tras las consideraciones expresadas, esta Sala se reafirma en que en el presente caso nos encontramos ante un daño permanente, y en consecuencia, la formulación de la reclamación el 12 de junio de 1995,

tuvo lugar fuera del plazo de prescripción de un año indicado en el referido art. 142.5 de la Ley 30/92.”

*(STS de 18 de enero de 2008. Sala 3ª, Secc. 6ª F. D. 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Sieira Míguez. Ar. 166).*

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

### DEMOLICIÓN DE CONSTRUCCIÓN

La aprobación de un nuevo planeamiento posterior, en virtud del cual no concurre ya la infracción urbanística, no justifica automáticamente un procedimiento judicial de inejecución legal de la sentencia de demolición del inmueble.

En el fondo, pues, lo que se discute es si basta con la exclusiva circunstancia de la aprobación de un nuevo planeamiento posterior –conforme al cual ya no concurriría la infracción urbanística determinante de la nulidad declarada por la sentencia cuya inejecución se pretende– para, de forma automática y sin mas trámites, poder obtener un pronunciamiento jurisdiccional de inejecución legal de la sentencia.

La respuesta no puede ser positiva.

En la STS de 21 de diciembre de 1993 ya dijimos que «el art. 178 del TRLS sujeta a licencia todos los actos de edificaciones y uso del suelo, es decir, que cualquier acto que constituya edificación o, sencillamente uso del suelo en cualquier forma, está sujeto a control previo de la licencia. El art. 184.2 establece el plazo de dos meses para que el interesado solicite la licencia en el supuesto de suspensión de obras en curso y, si el particular incoa el procedimiento solicitando la licencia, habrá de estar al resultado del mismo, puesto que será este resultado el que conduzca a la legalización de las obras o a su demolición, y, en el supuesto de que la obra estuviese terminada –cual es el de autos– siempre es aplicable el art. 185 del TRLS conforme al cual el procedimiento para dictar el acto de requerimiento al promotor de la obra o sus causahabientes para que soliciten la licencia es el mismo que el regulado en el art. 184, sin que aquí se dé la suspensión de la obra por la sencilla razón de que aquella está terminada; pero, en lo demás, el procedimiento es el mismo, sus requisitos y trámites son idénticos y sólo varía el plazo que es irrelevante en el presente supuesto. Todo ello quiere decir que la legalización de una edificación ya construida exige idéntica licencia de obras que la que aún no se ha realizado o la que se encuentra en vías de realización, por lo que es incuestionable que si para la edificación de la obra que pretende legalizarse era necesaria la confección de un proyecto».

Tales exigencias son reiteradas –con algunas pequeñas diferencias– por la legislación autonómica gallega previamente citada, esto es, la Ley 1/1997, de 14 de marzo del Suelo de Galicia y la Ley del Parlamento de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre sobre Ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, derogatoria de la anterior y que entró en vigor el 10 de enero de 2003.

En la STS de 7 de enero de 1999 dijimos que «Las sentencias del tipo de la que se ejecuta no se cumplen por el mero acuerdo que declara que éstas se cumplan (en el caso enjuiciado acordando la eventual legalización de lo indebidamente edificado, o, alternativamente, decidiendo la demolición cuando la opción de la legalización no es posible, o se han cumplido los plazos y condiciones establecidos para la legalización), sino que es necesario que la legalización efectiva se lleve a efecto, o, alternativamente, la demolición se realice. Con todo esto quieren decirse al menos dos cosas: La primera, que la mera declaración de legalización es insuficiente para que la sentencia se tenga por cumplida, siendo necesario que se adopten los acuerdos efectivos para que tal declaración legalizadora sea real. En segundo lugar, que los acuerdos legalizadores han de ser controlados en el propio proceso de ejecución por el órgano sentenciador; esto significa que el ente de la Administración cuando ejecuta, lo hace bajo la vigilancia y control del Órgano jurisdiccional».

Obviamente, sin el previo cumplimiento de los mencionados trámites (que implican, en el supuesto de que las obras fueran legalizables, conforme a las nuevas Normas Subsidiarias, de concesión de la correspondiente licencia), la Sala, como pusiera de manifiesto en el supuesto de autos la Sala de instancia, no puede efectuar pronunciamiento alguno positivo sobre la inexecución de la sentencia, por cuanto tal pronunciamiento de inexecución por causa legal viene derivado, y es consecuencia, del previo seguimiento del procedimiento de legalización de las obras, que concluye y se plasma en la correspondiente concesión de licencia; debe, sin embargo, advertirse que no toda legalización y concesión de licencia lleva implícita la declaración jurisdiccional de inexecución de la sentencia, pues, como con reiteración hemos puesto de manifiesto (SSTS de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004) «Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que, si acaso, pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado reiteradamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia y las responsabilidades que de ello derivaren para la Administración».

Así, en la STS de 30 de enero de 2001 dijimos que «Hemos de partir de que tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 10 de julio del Poder Judicial, como el 105.2 LJCA permiten declarar inejecutable una sentencia

por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la “potestas variandi” de la Administración Urbanística (STS de 21 de enero de 1999, y las que en ella se citan). Sin embargo, como hemos declarado en STS de 23 de julio de 1998 no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización “ex post facto” de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo aunque no lo fueran con el anterior. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia. En todo caso, la declaración de que concurre una causa de imposibilidad legal de ejecución requiere la previa tramitación de un incidente destinado a depurar todas las circunstancias concurrentes y a declarar si la respuesta fuera positiva si procede determinar en favor del favorecido por la sentencia la correspondiente indemnización».”

*(STS de 9 de noviembre de 2006. Sala 3ª, Secc. 5ª F.D. 7º Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 8553)*