

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

### **Tribunal Supremo<sup>1</sup>**

#### III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

##### **SUBVENCIONES**

Si el préstamo a la empresa concesionaria inmersa en concurso de acreedores no es susceptible de reintegro, aquél adquiere la naturaleza de subvención.

“Resulta innegable que la solicitante se encuentra sometida a proceso concursal desde antes de la interposición de la demanda por lo que le afecta la prohibición de contratar (art. 60.1 .b LCSP), certeramente aducido aquí por el Abogado del Estado al contestar la demanda.

Es hecho notorio que en el desarrollo de los préstamos de tal naturaleza por los distintos organismos públicos figura la exigencia de poder contratar con el Estado para poder obtener un préstamo participativo. A título de ejemplo, ENISA , empresa pública dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a través de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, que, desde 1982, participa en la financiación de proyectos empresariales viables e innovadores.

DÉCIMO.- No dice aquí el Abogado del Estado, como si hizo en el recurso 439/2013 al contestar la demanda, que si el préstamo no es susceptible de reintegro, lo que acontece con una empresa inmersa en concurso de acreedores, aquel adquiere naturaleza de subvención lo que no contempla la tantas veces reiterada DA 41 de la Ley 26/2009 .

Se aceptó en la Sentencia de 12 de mayo de 2016 el argumento de la Secretaria de Estado de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas expresado en el oficio de 19 de diciembre de 2012 sobre que los préstamos que se conceden a sociedades inmersas en procesos de concursos de acreedores y a empresas con pérdidas recurrentes

---

<sup>1</sup> Subsección preparada por JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pablo de Olavide.

son considerados a efectos de contabilidad nacional como transferencias de capital, con efectos en el déficit público.

Lo relevante no es el eventual déficit público sino la consideración de transferencia de capital lo que viene a equivaler a una transferencia financiera encubriendo una subvención lo que no permite, en una situación como la de autos, ni la normativa nacional (art. 13.2.b Ley 38/2003 de 17 de noviembre) ni la comunitaria por cuanto podría vulnerar la libre competencia (art. 9 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones).

Si se atiende al notorio criterio del inversor privado empleado por los órganos comunitarios, Comisión y Tribunal de Justicia, permite, en el concreto caso examinado, considerar ayuda estatal el antedicho préstamo. Es patente que un inversor no público no ha considerado viable la actividad empresarial que ha devenido en situación de concurso de acreedores.

Basta con remitirse a la relevante Sentencia de 3 de abril de 2014 del Tribunal de Justicia examinando el recurso de casación 224/12 formulado por la Comisión Europea frente a la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 2 de marzo de 2012 que había anulado parcialmente una Decisión sobre una ayuda del Reino de los Países Bajos en favor de un grupo bancario.

Recuerda la Abogado General Sra. Sharpston, en el punto 27 de sus conclusiones que el Tribunal General en las reflexiones contenidas en los apartados 95 a 114 de su sentencia señaló que "para calificar una medida como ayuda estatal, entre otras cosas, debe conferir una ventaja económica a la empresa beneficiaria que ésta no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado".

Lo hasta ahora argumentado nos permite concluir la improcedencia de la obtención de los préstamos participativos interesados” .....

(STS de 6 de abril de 2017. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 10º. Magistrada Ponente Sra. Pico Lorenzo).

(ROJ: STS 1366/2017. Nº Recurso: 870/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

#### IV. BIENES PÚBLICOS

##### **RESERVA DE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO**

El TS anula el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se declaró una reserva de dominio público marítimo terrestre, situado en "Las Aletas", Puerto Real (Cádiz).

“El primero de los motivos de impugnación se concreta en sostener que el acuerdo incumple con el presupuesto esencial para la ocupación privativa de los bienes del dominio público, por cuanto no se dan los requisitos del art. 32.1 de la Ley de Costas, dado que no nos encontramos con actividades o instalaciones que por su naturaleza no puedan tener otra ubicación.

Por lo que hace referencia al concepto de "actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación", en nuestra STS de 17 de julio de 2003 nos hemos ocupado del mismo, razonando que: «Cuando el artículo 32-1 de la Ley de Costas 22/1988 dispone que "únicamente se podrá permitir la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación", no se está refiriendo a las actividades o instalaciones, cualquiera que sea su naturaleza, que por motivos legales (v.g., determinaciones urbanísticas) o por motivos materiales (v.g. configuración de los terrenos) no puedan instalarse en otro sitio, sino, para empezar, a actividades o instalaciones de una naturaleza determinada, es decir, no a cualquiera. Y esa naturaleza determinada es aquella que impone su ubicación en el dominio público marítimo terrestre, y no en cualquier otro lugar. Esta es la única interpretación posible a la vista de la utilización por la norma del concepto de "naturaleza" de la actividad, que sobraría en otro caso.

Por eso, cuando el Reglamento de la Ley de Costas aprobado por Real Decreto 1471/89, de 1 de diciembre, dispone en su artículo 60 que estas actividades o instalaciones son, primero, las que por sus características requieran la ocupación del dominio público marítimo terrestre, y, segundo, las de servicio público o al público que, por la configuración física del tramo de costa en que resulte necesario su emplazamiento no puedan ubicarse en los terrenos colindantes con dicho dominio, está partiendo siempre de la base de que se trata de actividades que, por su naturaleza, requieren o bien la ocupación del dominio público o bien su emplazamiento en un tramo de costas determinado».

Por su parte, en la sentencia de veintiséis de Octubre de dos mil cinco hemos señalado que: «El segundo de los motivos de impugnación argumenta que el acuerdo recurrido incumple de forma manifiesta lo establecido en el artículo 32 de la Ley de Costas y en el 60 del Reglamento General para su Desarrollo y Ejecución, aprobado por Real Decreto 1471 /1989, de 1 de diciembre, pues en este caso, no era necesaria la ocupación de terrenos del dominio público para construir una depuradora, por cuanto que existen otras alternativas para su ubicación.

Los preceptos que en ese segundo motivo se transcriben ( artículos 32.1 de la Ley de Costas y 60 del Reglamento citado) y aquellos otros de la Ley y del Reglamento que consagran como regla la del uso público del dominio público marítimo-terrestre [por ejemplo, los artículos 2.b ) y 20 de la Ley, antes citados; o el 27, o el 28, o el 31, etc., etc.] conducen a afirmar que sobre la Administración del Estado pesa - cuando decide reservarse la utilización de determinadas pertenencias del demanio- el deber de justificar que razonablemente no existía otro lugar, ajeno al demanio, que fuera apto para el cumplimiento del fin que es causa de la reserva. De igual manera, la presunción de legalidad de los actos administrativos no excusa a la Administración del Estado de ofrecer esa justificación cuando la misma es negada en el proceso. Procede analizar, por tanto, si ese deber y esa carga procesal han sido, o no, satisfechos».

Se trata por tanto de actividades o instalaciones que, dada su configuración y especiales características, deben estar ubicadas en el dominio público marítimo terrestre, esto es, actividades que por su naturaleza no pueden ubicarse en otro lugar, no por razones de interés o conveniencia, sino por su vinculación con el dominio público, vinculación que exige su ocupación en el desarrollo de la citada actividad.

La ocupación del dominio público marítimo terrestre, para finalidades diferentes a las específicas fijadas por la ley, tiene carácter excepcional y su admisión debe ser sumamente restrictiva, de forma tal que debe exigirse a la Administración una cumplida, cabal y rigurosa acreditación de que se cumplen los requisitos legalmente previstos, sin que cualquier otra consideración, por muy justificada que resulta desde la perspectiva de la defensa de otros posibles intereses concurrentes, pueda servir para dar sustento a una reserva como la ahora impugnada.

En el presente caso, en el Anexo II del acuerdo recurrido, se recogen los "Usos susceptibles de ser implantados en los terrenos reservados", señalando que "Las 166 ha de DPMT objeto de reserva se despliegan exclusivamente

dentro de dos zonas de actividades económicas: zona de actividades logísticas, portuarias e intermodal (ZAL) y área de logística especializada. La superficie prevista para ambas zonas asciende a 113 ha para la ZAL y 100 ha para el área de logística especializada, por lo que las 213 ha que integran estas dos zonas, 47 ha, aproximadamente no forman parte del DPMT".....

(STS de 31 de marzo de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 8º y 9º. Magistrado Ponente Sr. Tolosa Tribiño)

(ROJ: STS 1185/2017. Nº Recurso: 819/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

## XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

### SISTEMA CAUTELAR Y ARTÍCULO 24 CE

El artículo 24 CE ampara tanto el derecho a la efectiva tutela judicial como el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

“Por último, en el quinto motivo — artículo 88.1.d) de la LRJCA — se denuncia la infracción de la jurisprudencia dictada en interpretación del requisito jurisprudencial cautelar relativo a la apariencia de buen derecho de la pretensión principal, y del artículo 24 de la CE ya que el análisis de la causa de nulidad planteada —nulidad de pleno derecho de la resolución de nulidad dictada en el procedimiento de revisión de oficio, al haber sido notificada la resolución recurrida cuando el procedimiento se encontraba caducado, ex artículo 62.1 .e) de la LRJPA —, en ningún caso, supone efectuar un enjuiciamiento propio de la sentencia que finalice el proceso, sino que la concurrencia de dicha causa de nulidad del procedimiento administrativo tramitado para la revisión de oficio de la Autorización Ambiental Integrada aparece de modo indubitado, evidente y palmario del contenido del expediente administrativo.

También este motivo decae.

El sistema cautelar previsto en la LRJCA requiere que el juego de los criterios legales establecidos en el citado artículo 130 de la misma se realice dejando constancia del proceso seguido para la decisión sobre la medida cautelar. Esto es, de conformidad con la jurisprudencia cuya aplicación se reclama en el motivo 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 elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, 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. En dicho marco jurisprudencial es como debe tenerse en cuenta la segunda aportación jurisprudencial —no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia—, que sigue contando con singular relevancia, y que es la invocada doctrina de la apariencia de buen derecho ( *fumus boni 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 meros fines de la tutela cautelar.

En los autos impugnados la Sala ha tomado en consideración las causas alegadas por la recurrente para conseguir la nulidad de pleno derecho de las resoluciones que anularon la Autorización Ambiental Integrada con que contaba para la industria de la que es titular, pero la Sala no ha podido extraer ese principio de prueba o convicción necesario para servir de apoyo a la medida cautelar solicitada; y así lo ha expresado. Y ello es lógico si reparamos en que las resoluciones adoptadas lo fueron tras seguirse un procedimiento de revisión de oficio, justamente, por la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho en la Autorización en su día concedida.

Debemos recordar que la jurisprudencia a la que se alude como infringida en el motivo, pone de manifiesto, en relación con las cuestiones relativas al fondo del asunto, la limitación en cuanto a su tratamiento; a tal aspecto podríamos acercarnos, efectivamente, desde la perspectiva del *fumus boni iuris*, que la Sala de instancia, con buen criterio, ha descartado, pues, sin duda, "la apariencia de buen derecho ( *fumus bonis iuris* ) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar", sin embargo "la LRJCA no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LECiv/2000 que sí alude a este criterio en el artículo 728".

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)".

Pues bien, basta con examinar las argumentaciones de la recurrente —y los esfuerzos jurídicos que las mismas implican— para poder comprobar que dichos requisitos materiales o de nulidad no se nos presentan con la nitidez que la doctrina jurisprudencial requiere, por lo que no podemos tomar en consideración —como con corrección hizo la Sala de instancia— para la adopción la medida cautelar que se nos reclama, los » argumentos que sobre la legalidad de fondo se nos ofrecen” .....

(STS de 18 de julio de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 8º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde).

(ROJ: STS 2936/2017. Nº Recurso: 2559/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

## XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

### RETASACIÓN

Consiste en la fijación de una nueva valoración del bien expropiado, con arreglo a los rasgos jurídicos del mismo en el momento en que dicha retasación es solicitada.

“Y, precisamente, porque el objeto del recurso es la sentencia y no las resoluciones administrativas inicialmente impugnadas, los motivos han de ir dirigidos a combatir las respuestas que, a esas alegaciones impugnatorias de la actora, dio la sentencia de instancia, con el fin de evidenciar las infracciones jurídicas o jurisprudenciales en las que se incurrió.

Nada acaece en este sentido, sino que obviando la solvente argumentación de la sentencia con la que queda evidenciado el errado planteamiento de las actoras y, por tanto, la improsperabilidad de su pretensión de que, a efectos de la determinación del justiprecio de las fincas retasadas, se tome en consideración el PGOU de 1985 vigente en la fecha en la que se inició procedimiento de expropiación por ministerio de la ley en el seno del cual le fueron expropiadas las fincas (art. 69 del TRFLS de 1976), cuando desde 1995 está vigente la nueva revisión del Plan, que es la que ha de aplicarse en razón de que, como hemos dicho hasta la saciedad y así refleja la sentencia recurrida, la retasación no es una mera actualización del justiprecio, ni es una adaptación o reajuste de los datos entonces tenidos en cuenta a la coyuntura económica actual, sino que la retasación consiste en la fijación de un nuevo justiprecio, mediante una nueva valoración del bien expropiado, con arreglo a los rasgos jurídicos del mismo (aprovechamiento, clasificación) en el momento en que dicha retasación es solicitada, siendo las únicas características originarias del bien expropiado que deben seguir considerándose, a efectos de la retasación, las puramente físicas .

Es evidente que estos tres submotivos se han articulado defectuosamente, al margen de la fundamentación que da cobertura a la decisión jurisdiccional aquí combatida, pues la mera reiteración de los argumentos expuestos en la instancia resulta incompatible con la naturaleza del recurso de casación ya que «éste no constituye una segunda instancia sino un juicio a la sentencia; esto es, una vía singular de impugnación tendente a constatar si es o no ajustada a derecho la interpretación y aplicación de las normas realizada por el Tribunal de instancia. Y mal puede este Tribunal Supremo realizar esa labor si el recurso de casación no trata de rebatir o desvirtuar las razones dadas en la sentencia, sino que, sin mencionarlas siquiera, se limita a reproducir de forma prácticamente literal lo alegado en la demanda »(a

título de ejemplo y por citar las más recientes, sentencias de esta Sala nº 303 y 695/2016, Sección Tercera).

Procede, en consecuencia, su íntegra desestimación, en razón del momento procesal en el que nos encontramos.” .....

(STS de 16 de junio de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 4º. Magistrada Ponente Sra. Huerta Garicano)

(ROJ: STS 2411/2017. N° Recurso: 252/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

#### XIV. HACIENDA PÚBLICA

##### **MODIFICACIÓN DE ORDENANZA FISCAL REGULADORA DE TASA MUNICIPAL**

En aplicación del artículo 25 LRHL el TS exige como requisito esencial de validez de la Ordenanza Fiscal, la existencia del Informe Técnico Económico incorporado al expediente.

“La cuestión real del debate es si a los efectos de lo prevenido en el art. 25 TRLHL (en su redacción vigente en el momento de aprobarse el acuerdo) es válido el Informe económico financiero emitido por la propia empresa adjudicataria del Servicio. Y, en particular, si es un requisito para la validez de la modificación de la ordenanza que el informe sea emitido o ratificado por técnicos municipales. De ser este un requisito insubsanable su falta conllevará la nulidad de la modificación de la ordenanza. Y si, por el contrario, no lo es entonces es cuando habrá que entrar a valorar si el informe de Aguas de León estaba suficientemente justificado.

La Sala considera que el Informe es un elemento esencial para la validez de la aprobación de la Tasa, un requisito insubsanable, que su falta conlleva la nulidad de la Ordenanza:

La existencia del informe técnico-jurídico se exige como garantía para el administrado, ya que a la vista del mismo es como puede determinarse si la Administración ha fijado el importe de las tasas con arreglo a derecho ( STS 18/03/2010 ). La elaboración de este informe por empleados del Ayuntamiento que estén cualificados para ello (bien el interventor o el técnico competente) es una garantía para el administrado por su presunción de imparcialidad. En nuestro caso este informe no ha sido elaborado por técnicos municipales sino por la

propia empresa concesionaria del servicio y parte interesada. Y la Adjunta al Jefe de Asuntos Económicos ha dicho que en algunos casos no existe y que en el resto el informe es insuficiente y que debe ser reforzado. Habiéndose tomado por el Pleno el acuerdo definitivo sin tener en cuenta que el informe de Aguas de León no ha sido asumido por ningún técnico municipal.

Hay una corriente doctrinal que, incluso, exige que los datos del informe técnico-económico deberían certificarse por el Interventor, pues el Informe debe referenciarse a gastos e ingresos recogidos en la contabilidad e incluir costes como las amortizaciones y provisiones que si bien no suponen contabilidad presupuestaria deberían recogerse en la contabilidad municipal, por lo que en la medida que dichos datos son competencia de la Intervención Municipal éste debería intervenir. En nuestro caso el Interventor General del Ayuntamiento declaró que no tuvo intervención alguna en el expediente del establecimiento de nuevas tasas ni de modificación de las existentes. En este sentido los artículos 47.3.h) de la Ley 7/1985 y 173.1 .b) del ROF indicaban antes de su modificación la necesidad de elaborar un estudio técnico económico o una memoria económico financiera, que sólo pueden considerarse como el "informe técnico-económico" del artículo 25 de la Ley 39/1988 . Por lo que la participación del Interventor en el expediente se hace necesaria.

Este Tribunal Supremo se ha manifestado en este sentido. Concretamente, en sus sentencias de 12 de marzo de 1997 , de 23 de mayo de 1998 , de 6 de marzo de 1999 y 1 de julio de 2003 , se afirma que el "*estudio financiero de referencia no puede merecer la calificación de mero requisito formal que debe preceder a la aprobación de una Ordenanza y que, por tanto, es subsanable, pues, por el contrario, se trata de instrumento de principal importancia para la determinación directa de la cuantía de la deuda tributaria, como resultado de la valoración de la relación de costes globales e ingresos referente a la prestación del servicio de que se trate, de modo que tal informe o elemento que coadyuva directamente a la determinación de la deuda tributaria está sometido al principio de reserva legal (arts. 10.a) de la LGT y 31.3 de la CE)* y, por lo tanto, si falta en la Ordenanza, ha de convenirse que la misma carece de un elemento esencial determinante de su validez y no responde a los criterios legalmente establecidos para la cuantificación de la Tasa".

Los informes técnico-económicos no son simples requisitos formales sino requisitos esenciales que han de preceder siempre a los acuerdos de aprobación de las ordenanzas fiscales reguladoras de las tasas, determinando su omisión la nulidad de aquellos acuerdos al no permitir esa omisión el control del cumplimiento del límite global del coste del servicio o actividad y del principio de reserva de ley, la relación existente entre cuantía de la tasa y costes provocados al ente público y el respeto de la capacidad económica de los administrados, bien

entendido que la omisión no viene determinada sólo por la total inexistencia de unos documentos calificados como tales informes sino también por la falta de un mínimo rigor en el planteamiento y formulación de los mismos.

El vicio procedimental denunciado es motivo de **nulidad de pleno derecho**, por aplicación del art. 62.2 de la Ley 30/1992 . Y ello es lógico si se tiene en cuenta que el informe técnico económico es esencial en la formación de la voluntad de los órganos de la Administración en este tipo de procedimientos. Y es que no podemos perder de vista que no nos encontramos ante una impugnación de un acto administrativo, sino ante un recurso directo contra una Ordenanza, cuya categoría es la de disposición de carácter general.

Ahondando en lo señalado anteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001 (rec. cas. núm. 2810/1996 ), establecía que: «*estos vicios procedimentales son causas de nulidad de pleno derecho de las Ordenanzas Fiscales*». En parecidos términos, tenemos las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004 (rec. cas. núm. 2384/1999 ), FD Undécimo], de 18 de diciembre de 1997 (rec. apel. núm. 2179/1991), FD Tercero; y de 28 de marzo de 2007 (rec. cas. núm. 1913/2002), FD Cuarto].

En consecuencia, a la vista de los hechos y en atención a la doctrina que acabamos de sintetizar, la conclusión no puede ser otra que entender que estamos ante un vicio que comporta la nulidad de pleno derecho de la Ordenanza que es objeto de impugnación en nuestro recurso, al haberse incumplido el trámite esencial establecido en el art. 25 LRHL.”

(STS de 26 de abril de 2017. Sala 3ª, Secc. 2ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Martínez Mico)

(ROJ: STS 1600/2017. N° Recurso: 167/2016. <http://www.poderjudicial.es>)

## XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

### JUICIO DE RELEVANCIA

En el escrito de preparación se ha de argumentar sobre el modo en que las infracciones que fundamentan el recurso de casación, han sido determinantes del fallo de la sentencia recurrida.

“El artículo 86.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su redacción aplicable (anterior a la reforma aprobada por Ley Orgánica 7/2015), dispone que las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los

apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora, indicando el artículo 89.2 de la expresada Ley, a propósito del escrito de preparación, que en el supuesto previsto en el artículo 86.4 habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

En definitiva, se precisa, para que sean recurribles las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia -todas, con abstracción de la Administración autora de la actuación impugnada- que, además de ser susceptibles de casación por razón de la materia o la cuantía del asunto, concurren los siguientes requisitos: A) que el recurso de casación pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido; B) que esas normas, que el recurrente reputa infringidas, hubieran sido invocadas oportunamente por éste o consideradas por la Sala sentenciadora; C) que el recurrente justifique en el escrito de preparación del recurso que la infracción de las mismas ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

El escrito de preparación del presente recurso no se ajusta a lo que dispone el artículo 89.2, pues lo que se manifiesta en él al respecto es que el recurso se funda en la infracción de distintos preceptos constitucionales y legales, pero sin que despliegue argumentación jurídica alguna sobre el modo en que tales hipotéticas infracciones han sido relevantes y determinantes del fallo de la sentencia recurrida, omitiéndose así, por completo, el necesario *juicio de relevancia*, lo que lleva a la conclusión de que el presente recurso debe ser inadmitido, de conformidad con lo previsto en el artículo 93.2.a), en relación con los artículos 86.4 y 89.2 de la Ley de esta Jurisdicción, al estar defectuosamente preparado.

No obstan a esta conclusión las alegaciones formuladas por la parte recurrente en el trámite de audiencia, que resultan completamente insuficientes e incompatibles con la doctrina expuesta, porque, como hemos dejado constancia en el anterior razonamiento jurídico, solo se citan las normas que se consideran infringidas sin más adición, con total ausencia del debido juicio de relevancia. En este sentido, se ha de notar que no se trata de articular en el escrito preparatorio del recurso el motivo o motivos que han

de servir de fundamento al recurso de casación, lo que ciertamente constituye el contenido propio del escrito de interposición, sino de anunciar la norma o normas jurídicas concretas, de Derecho estatal o comunitario europeo, o la jurisprudencia, que la parte recurrente entiende han sido infringidas por la sentencia y de justificar, eso sí, que su infracción, que en la fase de preparación hay que dar por supuesta, es relevante y determinante del fallo, cometido este del escrito de preparación que no se ha cumplido en el caso presente”.....

(ATS de 5 de abril de 2017. Sala 3ª, Secc. 1ª. F. D. 2º y 3º. Magistrado Ponente Sr. Menéndez Pérez).

(ROJ: ATS 4357/2017. Nº Recurso: 5/2017. <http://www.poderjudicial.es>)

## XVI. MEDIO AMBIENTE

### **EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA**

Tratándose de una modificación del planeamiento que pudiera considerarse menor, no deja de exigirse en todo caso el correspondiente pronunciamiento del órgano ambiental competente acerca de la innecesariedad de la evaluación ambiental.

“En relación con los planes menores o de reducido ámbito territorial, en la mismas SSTs citadas de 17 y 20 de febrero, y 8 de junio, de 2015, se recuerda lo anteriormente expuesto en la STS de 18 de septiembre de 2013 (RC 5375/2010) -que también hemos reiterado en la STS de 16 de junio de 2015 (RC 3575/2013)-: "Como indica la exposición de motivos de la LEPP de 2006, su finalidad es precisamente adelantar la toma de decisión ambiental a la fase anterior a la aprobación del proyecto, configurando así la denominada Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) como un instrumento de prevención que permita integrar los aspectos ambientales en la toma de decisiones de planes y programas públicos. En consonancia con tal finalidad, la LEPP, que incorpora al ordenamiento interno la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, se inspira, como aquella, en el principio de cautela y en la necesidad de protección del medio ambiente, garantizando que las repercusiones previsibles sobre el medio ambiente de las actuaciones inversoras sean tenidas en cuenta antes de la adopción y durante la preparación de los planes y programas en un proceso continuo, desde la fase preliminar de borrador, antes de las consultas, a la última fase de propuesta de plan o programa. Este proceso no ha de ser una mera justificación de los planes, sino un instrumento de integración del

medio ambiente en las políticas sectoriales para garantizar un desarrollo sostenible más duradero, justo y saludable que permita afrontar los grandes retos de la sostenibilidad como son el uso racional de los recursos naturales, la prevención y reducción de la contaminación, la innovación tecnológica y la cohesión social.

La LEPP de 2006 identifica en su artículo 3 los planes que deben ser objeto de la evaluación ambiental, que son aquellos planes y programas que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente. Y para los casos de planes menores, de reducido ámbito territorial, el artículo 4 exige un análisis previo para determinar si es posible que el plan en cuestión tenga efectos significativos para el medio ambiente, puntualizando que la decisión que se adopte debe ser motivada, pública y adoptada previa consulta a las Administraciones sectoriales implicadas. El citado artículo 3 de la LEPP, en su apartado 1 dispone, en concreto, que "Serán objeto de evaluación ambiental, de acuerdo con esta ley, los planes y programas, así como sus modificaciones, que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente", y en su apartado 2, apartado a), se añade que "se entenderá que tienen efectos significativos sobre el medio ambiente aquellos planes y programas que tengan cabida en alguna de las siguientes categorías: a) Los que establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental en las siguientes materias: agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía, minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo terrestre, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo". (...) Lo que se deduce del apartado a) del artículo 3.2 de la tan citada LEPP, es que cuando el plan o programa y sus modificaciones sean marco para futuras autorizaciones de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental, se ha de entender necesariamente que tienen efectos significativos sobre el medio ambiente cuando afecten a las materias que el precepto enumera, entre ellas, la ordenación del territorio o el uso del suelo".

En síntesis, hemos de concluir con esta cita jurisprudencial en los mismos términos en que nos expresáramos en la STS de 4 de mayo de 2015 (RC 1957/2013 ), en la que, tras recordar el contenido del artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Suelo , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRSL08), así como de los artículos 3 y 4 de la LEPP, concluíamos: "Así, pues, incluso, aun cuando se tratara de una modificación que pudiera considerarse menor, lo que tampoco ha sido acreditado, no deja de exigirse en todo caso el correspondiente pronunciamiento del

órgano ambiental competente acerca de la innecesariedad de la evaluación ambiental.

Estas exigencias legales requieren ser observadas, lo mismo que cualesquiera otras vigentes al tiempo de la tramitación y aprobación de los planes urbanísticos".

De conformidad con la anterior jurisprudencia el motivo debe ser estimado, por cuanto la sentencia de instancia no repara en que, en el presente caso, la intervención, determinante de la posible exclusión de la EAE, del órgano ambiental autonómico, prevista en el citado artículo 4 de la LEPP, no se ha producido. Como antes hemos expuesto en la cita jurisprudencial realizada lo que el artículo de referencia requiere es "un análisis previo para determinar si es posible que el plan en cuestión tenga efectos significativos para el medio ambiente, puntualizando que la decisión que se adopte debe ser motivada, pública y adoptada previa consulta a las Administraciones sectoriales implicadas", y ello no ha sido cumplido en el supuesto de autos, por lo que el recurso debe estimarse".....

(STS de 29 de junio de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 7º y 8º. Magistrado Ponente Sr. Tolosa Tribiño).

(ROJ: STS 2618/2017. Nº Recurso: 3704/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

## XVIII. PERSONAL

### **PRÓRROGA EN EL SERVICIO ACTIVO**

El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 (Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud), no otorga un derecho a la prórroga hasta los setenta años sino una facultad de solicitarla, condicionada al ejercicio por la Administración de su potestad de organización de acuerdo con los planes de ordenación de recursos humanos.

“La estimación del motivo segundo comporta, sin que sea preciso examinar los demás motivos, la anulación de la sentencia impugnada lo que, de acuerdo con el artículo 95.2 d) de la LJCA, obliga a resolver la controversia en los términos en que el debate se ha planteado.

En consecuencia, siguiendo lo ya razonado en las anteriores sentencias, procede pronunciarse sobre la legalidad de la decisión administrativa que, en aplicación de la Orden SAN/1119/2012, puso fin a la situación

de prolongación de la permanencia en el servicio activo que había sido previamente autorizada a la parte recurrente en el proceso de instancia.

Y para ello se ha de reiterar lo razonado en la sentencia de 23 de junio de 2016 ya citada (FJ 6º y 7º):

«[...] En efecto, nos hemos remitido a la interpretación del artículo 26.2 de la Ley 55/2003 recogida en las sentencias de 8 de enero de 2013 (casación 207/2012), de 15 de febrero de 2015 (casación 2119/2012), de 9 de marzo de 2012 (casación 1247/2011), de 14 de mayo de 2015 (casación 2702/2013), de 21 de julio de 2015 (casación 2062/2014), de 9 de febrero de 2016 (casación 3934/2014). Y, de acuerdo con ella, hemos desestimado anteriormente pretensiones como las que hace valer aquí el Sr. [...] por lo que debemos rechazar también la suya.

Las razones que así lo exigen son estas.

Ese artículo 26.2 no establece un derecho a la prórroga en el servicio activo hasta los setenta años de edad sino sólo una mera facultad de solicitarla condicionada al ejercicio por el Servicio de Salud -la Administración recurrida- de su potestad de autoorganización en función de sus necesidades articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos. A esa conclusión conduce la comparación de este precepto con el artículo 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público y con lo que disponía el artículo 33 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la función pública, en la redacción que le dio el artículo 107 de la Ley 13/1996. Mientras que ese artículo 33 consagraba un derecho del funcionario, el artículo 67.3 y, antes, el artículo 26.2 se refieren a una solicitud dirigida a la Administración para que ésta decida motivadamente. No se trata ahora, por tanto, de normas de reconocimiento de un derecho, sino, de una facultad sobre cuyo ejercicio ha de pronunciarse motivadamente la Administración.

El artículo 26.2 de la Ley 55/2003 no impone a la Administración la obligación de conceder la prórroga en el servicio activo de quien la solicite y cumpla los requisitos de capacidad exigidos hasta el límite máximo de los setenta años. Puede otorgarla por un periodo de tiempo inferior y condicionarla a las necesidades apreciadas en los sucesivos planes de ordenación.

Así, pues, esa facultad del personal estatutario de solicitar la permanencia en el servicio activo con el límite máximo de los setenta años de edad está condicionada a lo que resulte del Plan de Ordenación de Recursos Humanos que apruebe la Administración en función de las necesidades del Servicio de Salud. De acuerdo con dicho Plan, es decir, de las necesidades a que

atiende, la Administración puede autorizar la permanencia en el servicio activo hasta que el interesado que lo haya pedido cumpla los setenta años de edad. De ahí que sea el Plan el que, teniendo en cuenta la previsión del artículo 26.2, es decir la posibilidad, en principio, genérica de la prórroga, deba establecer su duración siempre respetando el límite o tope máximo de los setenta años de edad.

En fin, hemos de añadir que, tal como indica el auto del Tribunal Constitucional 85/2013, la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años es la regla general, mientras que la prórroga en el servicio activo es la excepción y está supeditada a varios condicionantes”.....

(STS de 9 de mayo de 2017. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Rodríguez-Zapata Pérez).

(ROJ: STS 1806/2017. Nº Recurso: 693/2015. <http://www.poderjudicial.es>)

## XX. RESPONSABILIDAD

### **PRISIÓN PREVENTIVA NO SEGUIDA DE SENTENCIA CONDENATORIA**

De conformidad con el artículo 294 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, el derecho de indemnización en caso de prisión preventiva no seguida de sentencia condenatoria, tiene como presupuesto la inexistencia de hecho punible.

“Invirtiendo el orden de los motivos enjuicamos el tercero en que se aduce lesión del art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por no haber otorgado una indemnización tras una absolución por falta de pruebas.

La respuesta nos viene dada por la propia STC 8/2017, de 19 de enero cuyo FJ Quinto pone de relieve que

*Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no otorga derecho a una indemnización por razón de prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución, por lo que no resulta incompatible con el Convenio -con el art. 6.2, que consagra el derecho a la presunción de inocencia, ni con ninguna otra cláusula- un régimen jurídico que la excluya o la limite a determinados supuestos [ S TEDH de 25 de marzo de 1983 (Mineilli c. Suiza), § 35-36, de 25 de agosto de 1987 (Nólkenbockhoff c. Alemania), § 36, de 25 de agosto de 1987 (Englert c. Alemania), § 36, de 25 de abril de 2006 (asunto Puig Panella c. España), § 52, de 7 de julio de 2010 (asunto Tendam c. España), § 36, y de 16 de febrero de 2016 (asuntos acumulados Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España), § 39]. En esta línea afirma el*

*Tribunal Europeo de Derechos Humanos que el simple rechazo de una indemnización no es contrario, en sí mismo, a la presunción de inocencia [SSTEDH de 25 de marzo de 1983 (Minelli c. Suíza) y de 25 de agosto de 1987 (Nölkenbockhoff c. Alemania), antes citadas], y reafirma que la interpretación del campo de aplicación de los artículos de la LOPJ relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado corresponde a los Tribunales internos [STEDH de 23 de marzo de 2000 (asunto Dinares Peñalver c. España), § 2]. De ahí que el Tribunal Supremo, en la interpretación del art. 294 LOPJ, haya declarado que nuestro sistema normativo "no avala la conclusión de una responsabilidad patrimonial automática y objetiva de tal manera que una vez producida la absolución o el sobreseimiento libre se generara en quien hubiera sufrido prisión preventiva un derecho indemnizatorio" [SSTS de 9 de abril, 23 de julio y 23 de diciembre de 2015 (recursos de casación núm. 1443-2014, 3300-2014 y 153-2015)].*

Y, por la reproducción en su Fundamento Jurídico Séptimo del parágrafo 39 de la STEDH de 16 de febrero de 2016, más arriba mencionada:

"...ni el artículo 6 § 2 ni ninguna otra cláusula del Convenio da derecho a compensación por una detención provisional legal cuando se levanta el procesamiento o se llega a una absolución,..."

Se constata, pues, que del art. 6.2. del Convenio Europeo de Derechos Humanos no nace una indemnización automática, por lo que habrá que volver al contenido del art. 294 LOPJ .

• Nos hemos de centrar, pues, en el primer motivo, quebranto del art. 294 LOPJ por inexistencia objetiva del hecho, conforme recuerda el fundamento sexto de la STC 8/2017 .

Como reiteradamente ha dicho la Sección Sexta de esta Sala (así lo refleja entre otras la Sentencia de 8 de mayo de 2017, recurso 3753/2015 y la antes citada de 10 e abril de 2015, recurso de casación unificación de doctrina 2495/2013) la interpretación y aplicación del artículo 294.1 LOPJ ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador.

No se contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, ni siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria, planteamiento que según se desprende de las sentencias del TEDH antes citadas, no supone infracción del art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos .

El recurrente mantiene que su caso ha de enmarcarse dentro de la "inexistencia objetiva del hecho imputado" asimilándolo a "inexistencia de hecho punible".

La sentencia de instancia analiza las conclusiones de la sentencia penal dictada por la Audiencia Provincial de Almería.

Ya hemos expresado que, el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no exige que los Estados miembros indemnicen todo supuesto de absolución acordada tras la medida cautelar de prisión provisional, como pretende el recurrente. Y también hemos dicho que no solo existe la vía del art. 294 LOPJ sino también la del art. 293 LOPJ .

Estamos ante la interpretación y aplicación del precepto tal y como ha sido establecido por el legislador estatal y sujeto a una interpretación razonable.

En el caso del que dimana la pretensión de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia la relación de hechos probados, que esta Sala debe respetar, resulta que no existe inexistencia del hecho en su sentido objetivo en atención al relato que efectúa la Audiencia Provincial de Almería sobre lo acontecido el día 4 de junio de 2003 en el que se aprehendió una sustancia”.....

(STS de 12 de julio de 2017. Sala 3ª, Secc. 4ª. F. D. 5º y 6º. Magistrada Ponente Sra. Pico Lorenzo).

(ROJ: STS 2862/2017. Nº Recurso: 2360/2011. <http://www.poderjudicial.es>)

## XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

### **ACTUACIONES DE DOTACIÓN Y ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN**

La distinción entre Actuaciones de Dotación (que excluiría la reserva de suelo para viviendas públicas) y Actuaciones de Urbanización, se construye hoy sobre la base de la existencia o no de una nueva ordenación urbanística (reforma de la urbanización) y no un reajuste de dotaciones.

“La tesis de la sentencia de instancia —tras realizar un detallado estudio de los artículos 10 y 14 del TRLS08— es que la actuación a desarrollar "no se puede calificar como de dotación" por las razones que expone, ya que las mismas, según señala la sentencia, "son el resultado de la adición de las que eran de titularidad pública más la de resultado de las obligaciones de cesiones de los titulares promotores", añadiendo que "[n]o hay un reajuste de dotaciones sino aplicación legal de las determinaciones propias de la nueva ordenación" y que "la Modificación requiere la reforma o renovación íntegra de la urbanización de éste" (ámbito), poniendo de manifiesto que "de hecho el ámbito se crea *ex novo* con la finalidad fijada en la Memoria. En realidad la actuación tiene por objeto reformar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado reconvirtiendo los usos"

Por todo ello —esto es, considerando que nos encontramos ante una "actuación de urbanización", y no ante una "actuación de dotación"— la sentencia llega a la conclusión de que, por ello, resultaba obligado el establecimiento por el PPRI de la reserva de viviendas sujeta a un régimen de protección pública a que se refiere el artículo 10.1 .b) del TRLS08, en los términos y con las excepciones que en el precepto se establecen, de conformidad, por otra parte, con lo establecido en la Disposición Transitoria del TRLS08, según el cual "se aplicará a todos los cambios de ordenación cuyo procedimiento de aprobación se inicie con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo".

En síntesis, pues, lo que se nos plantea es que revisemos la conclusión alcanzada por la Sala de instancia, que ha considerado que nos encontramos en presencia de una "actuación de urbanización" —con su obligación derivada de reserva de viviendas—, y no ante una "actuación de dotación", cual es la pretensión de las recurrentes. Estos fundamentan su pretensión, en síntesis, en la reiterada jurisprudencia de la Sala acerca de la imposibilidad de la imposición de nuevas cargas — en esta caso, la reserva de viviendas— a un suelo que ya contaba en el planeamiento con la consideración de Suelo Urbano Consolidado.

Desde ahora procede aclarar que la norma de aplicación al supuesto de autos, por razones temporales, es el TRLS08 (hoy derogado por el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, TRLS15)-, cuyos artículos 14.1 .a ), 14.1 .b) y 10.1 .b ) —en relación con la Disposición Transitoria Primera del mismo TRLS08— son los citados como infringidos por las recurrentes; y, por otra parte, también debemos dejar constancia de que la jurisprudencia que se cita por los recurrentes en relación con el SUC— se produjo en aplicación de los preceptos — fundamentalmente los artículos 8.a ) y 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV)—, esto es, en relación con unas normas anteriores al citado TRLS08, que es el de aplicación (y el denunciado como infringido), en el supuesto de autos.

Es cierta, por tanto, la jurisprudencia que citan los recurrentes, y que esta Sala iniciara en la STS de 23 de septiembre de 2008 (RC 4731/2004, Asunto Guanarteme ); de ella —dictada en relación con la normativa de las Islas Canarias— recordamos los siguientes aspectos:

"La legislación estatal no define los conceptos de suelo urbano consolidado y no consolidado, habiendo reconocido el Tribunal Constitucional la

competencia de las Comunidades Autónomas a la hora de trazar los criterios de diferenciación entre una y otra categoría de suelo urbano -sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional STC 164/2001, de 11 de julio, y 54/2002, de 27 de febrero -, si bien esa misma doctrina constitucional se encarga de precisar que esa atribución habrá de ejercerse "en los límites de la realidad", y, por tanto, sin que pueda ignorarse la realidad existente.

En ocasiones anteriores hemos señalado que, dado que la diferenciación entre las dos categorías de suelo urbano, consolidado y no consolidado, está prevista en la legislación estatal, que además impone a los propietarios de una y otra un distinto régimen de deberes, la efectividad de esas previsiones contenidas en la normativa básica no puede quedar obstaculizada ni impedida por el hecho de que la legislación autonómica no haya fijado los criterios de diferenciación entre una y otra categoría - pueden verse en este sentido nuestras sentencias de 28 de enero de 2008 (casación 996/04 ), 12 de mayo de 2008 (casación 2152/04 ) y 19 de mayo de 2008 (casación 4137/04), así como otras anteriores que en ellas se citan-. Pues bien, en esta misma línea de razonamiento, los criterios de diferenciación que en el ejercicio de sus competencias establezca el legislador autonómico habrán de ser interpretados en términos compatibles con aquella normativa básica y teniendo en todo momento presente que la delimitación entre una y otra categoría de suelo urbano, con el correspondiente régimen de deberes, habrá de hacerse siempre en los límites de la realidad".

Doctrina que, entre otras, hemos continuado en la STS de 10 de mayo de 2012 (RC 6585/2009), ésta en relación con las normas urbanísticas de Andalucía:

"No son atendibles las razones que alegan las Administraciones recurrentes, especialmente el Ayuntamiento de Sevilla, quien hace recaer la categorización del suelo urbano consolidado, o no, en las determinaciones del planeamiento, considerando ajustado a derecho que el Plan delimite ámbitos de actuación —en los que resulta aplicable el régimen de deberes y cargas previsto en el artículo 14.2 de la LRSV —, cuando se trata de realizar actuaciones de reforma interior y, lo que es más importante, haciendo abstracción de las características de los terrenos, siendo legalmente posible -y habitual— que en tales ámbitos se incluyan terrenos "históricamente consolidados".

Pues bien, esa tesis es contraria a la jurisprudencia de esta Sala, que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la legalidad en la categorización del suelo urbano en consolidado y no consolidado y, con ello, su inclusión en ámbitos de actuación sometidos al régimen de deberes del suelo urbano no

consolidado previsto en el artículo de la LRSV, pronunciamientos en los que, a pesar de estar también concernidos preceptos de derecho autonómico, como en el caso presente, hemos resuelto sobre el fondo de la cuestión en la medida en que se afecta al régimen de deberes y cargas urbanísticas del suelo urbano, cuya regulación se contienen en el citado artículo 14 con el carácter de básico (ex Disposición Final de la LRSV) y lo ha hecho porque, como hemos dicho en la reciente Sentencia de 10 de febrero de 2012, RC 1153/2008, "cuando se cuestiona la cualidad de suelo urbano, consolidado o no consolidado, pueden resultar afectadas normas básicas relativas al estatuto del derecho de propiedad, contenidas en los artículos 8 y siguientes de la estatal Ley 6/1998, de 13 de abril. La indicada circunstancia nos ha llevado examinar este tipo de cuestiones para evitar que el contenido de la norma básica pueda ser obviado o quedar subordinado al ordenamiento urbanístico de la Comunidad Autónoma, singularmente a los deberes urbanísticos previsto en el artículo 14 de la misma Ley 6/1998".

(..) Como explica la STS de 14 de julio de 2011, RC 1543/08, lo anterior significa, en el plano de la gestión urbanística, la imposibilidad de someter al régimen de cargas de las actuaciones sistemáticas, que son propias del suelo urbano no consolidado, a terrenos que merecían la categorización de urbano consolidado conforme a la realidad física preexistente al planeamiento que prevé la nueva ordenación, la mejora o la reurbanización; y ello porque no procede devaluar el estatuto jurídico de los propietarios de esta clase de suelo exigiéndoles el cumplimiento de las cargas y obligaciones establecidas para los propietarios del suelo no consolidado. Como indica la misma STS antes citada de 23 de septiembre de 2008 (RC 4731/04)"... 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".

Especialmente significativas — como punto final de esta línea jurisprudencia continuada en innumerables SSTS- fueron las SSTS de 27 y 28 de octubre de 2015, en relación con el PGOU de Marbella.

En la STS de 21 de julio de 2011 (RC 201 /2008) explicamos el tránsito de nuestra jurisprudencia, consumado en la citada STS de 23 de septiembre de 2008, superando la doctrina que, hasta entonces, habíamos mantenido en las siete sentencias, que en esta se citan, y que "admiten el sometimiento al régimen de cargas previsto en el artículo 14.2, aunque los terrenos en su origen y atendiendo a sus características de

urbanización y edificación, debieran merecer la categorización de suelo urbano consolidado". Fueron las SSTS de 31 de mayo de 2006 (RC 1835/2003 ), 26 de octubre de 2006 (RC 3218/2003 ), 4 de enero de 2007 (RC 4839/2003 ), 31 de enero de 2007 (RC 5534/2003), 20 de marzo de 2007, 30 de enero de 2008 (RC 615/2004), 6 de noviembre de 2008 (RC 5648/2006 ), y 6 de noviembre de 2008 (RC 7618/2004 ). En la misma STS de 21 de julio de 2011 (RC 201/2008) se citan otro grupo de sentencias que consideran "que aunque es posible actuar sistemáticamente en suelo urbano por unidades de actuación y a cargo de los propietarios, sin embargo, no puede exigirse a estos, que ya cedieron y costearon la urbanización, mejoras y reformas sucesivas y reiteradas, a modo de " *urbanización inacabable* ", es decir, mediante la imposición de actuaciones de mejora de servicios que no responden a nuevas concepciones globales urbanísticas, sino a cambios y mejoras puntuales de los servicios urbanísticos ( sentencias 10 de mayo de 2000 todas dictadas en los recursos de casación nº 5289/1995 , 5290/1995 , 5291/1995 , 7533/1995)".

Por dejar constancia de todo lo acontecido debemos hacer referencia a tres pronunciamientos significativos:

En la STS de 6 de julio de 2012 (RC 1531/2009, Asunto Refinería Cepsa Santa Cruz de Tenerife ), tras justificar desde una perspectiva constitucional nuestra posibilidad de conocimiento de la cuestión pese a las connotaciones autonómicas con que contaba, utilizamos la citada doctrina del Tribunal Constitucional para proceder a casar la sentencia de instancia (que entendía se estaba en presencia de un SUC) porque "[n]o toma la sentencia en la debida consideración, sin embargo, el dato de la extensión desmesurada de la parcela, 587.000 m<sup>2</sup> que determina en ese *plano de la realidad* que las infraestructuras urbanísticas perimetrales, aunque se aprecian como probadas, resulten adecuadas para el funcionamiento de una refinería de una extensión superior a cincuenta manzanas de suelo y que no sean idóneas para ser eximidas del régimen de cesiones que se predicen normalmente para el suelo urbano consolidado, conforme al sentido objetivo y teleológico del artículo 14.1 LRSV "

En la STS de 16 de junio de 2014 (RC 525/2012) tuvimos la oportunidad de encarar, por primera vez la cuestión que ahora se nos suscita por cuanto al planeamiento enjuiciado (PGOU de Santiago de Compostela) le era de aplicación la Ley de Suelo de 2007 y el TRLS08, pero la vía casacional impidió nuestro pronunciamiento, pues, "[a]unque se trata de una materia relacionada con las anteriores, lo cierto es que en el proceso no hubo la menor alusión al alcance con el que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, y el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008,

de 20 de junio, contemplan las actuaciones de transformación urbanística, incluidas las referidas a suelos ya urbanizados. Nada de ello fue objeto de debate, ni mencionado siquiera en el curso del proceso, por lo que se trata de una cuestión nueva que pretende introducirse ahora en casación. Y, como ya hemos señalado, no se trata de que en el recurso de casación se hayan esgrimido algunos preceptos y argumentos nuevos sino que a través del motivo de casación que estamos examinando el Ayuntamiento recurrente intenta introducir en el debate una cuestión que en el proceso de instancia no se había suscitado y sobre la que, claro es, la sentencia no se pronuncia".

Por su parte, en la STS de 4 de mayo de 2016 (RC 39/2013, Sentencia 988/2016, Andoain), pese a la aplicación de la normativa citada de 2007/2008, no se llevó a cabo pronunciamiento alguno relacionado con esta normativa, limitándonos a decir lo siguiente:

"Interesa con carácter previo señalar -en relación con la declaración contenida en la sentencia recurrida en orden a que el legislador estatal ha dejado en manos del legislador autonómico todo lo referente a la clasificación del suelo, dado que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, no dispone nada sobre la clasificación del suelo ni sobre las categorías del suelo urbano- que ésta Sala, partiendo desde luego de la competencia de las Comunidades Autónomas para fijar los criterios de categorización del suelo urbano en consolidado y no consolidado, tiene declarado -así sentencias de 8 de octubre de 2014 (recurso de casación 484/2012) y 15 de julio de 2015 (recurso de casación 3118/2013)- que la delimitación entre una y otra categoría habrá de realizarse siempre no sólo *"en los límites de la realidad"* a que se refieren las sentencias del Tribunal Constitucional 164/2011, de 11 de julio, y 54/2002, de 27 de febrero, sino también en términos comparables con la normativa básica estatal, establecida, en lo que ahora interesa, en el Texto Refundido 2/2008, de 20 de junio, y disposiciones posteriores, en cuanto regulador de las condiciones básicas del suelo y, por ende, de las condiciones esenciales que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales- artículo 149.1.1ª-.

Efectuada ésta precisión, sucede en el caso de autos que las actuaciones realizadas en la instancia han venido a disipar las dudas que pudieran existir en orden a la consideración urbanística del terreno del recurrente, de unos 2.600 m<sup>2</sup>, en el área controvertida. Basta para ello, tal como señala la resolución recurrida, ver el testimonio gráfico acompañado por la propia recurrente a la demanda como nº 10, en el que claramente se aprecia la condición urbanística de dicho terreno.

Por otra parte, ni consta que se haya producido una degradación en la categorización del suelo basada en las previsiones del nuevo planeamiento objeto de impugnación, ni consta tampoco que el recurrente hubiera efectuado con anterioridad cesiones o urbanización alguna en relación con el referido terreno".

Pues bien, en los términos en que aparecen formulados los motivos, han de ser rechazados.

La *ratio decidendi* de la sentencia de instancia, para proceder a la estimación el recurso, por no haberse llevado a cabo la reserva de vivienda protegida contemplada en el artículo 10.1 .b) del TRLS08, no es otra que la relativa a la clase de "Actuación de transformación urbanística" (artículo 14) que se va a desarrollar, a través del PPRI impugnado en el Área de Planeamiento Remitido (APR) 02.01 "Mahou- Vicente Calderón"; considera la sentencia que tal actuación se incluye en la clase de las denominadas "Actuaciones de Urbanización", y, por ello (*ex* artículo 10.b, párrafo 2º *in fine*), la sentencia le impone la obligación de la reserva de suelo con destino a viviendas con protección. Para llegar a tal conclusión —y negar, como pretenden los recurrentes que se está ante una "Actuación de Dotación" (artículo 10.1 .b)— la sentencia, en su Fundamento Jurídico Séptimo, con independencia de una interpretación gramatical y sistemática del artículo 14, lleva a cabo una doble motivación o consideración:

En síntesis, la Consideración a) parte de la naturaleza de los terrenos a desarrollar en un nuevo ámbito urbanístico, entendiéndose que se está en presencia de SUC (204.218 m<sup>2</sup>), de los que 92.297 m<sup>2</sup> corresponden a titularidad privada (integrado por un suelo industrial con instalaciones demolidas y por el estadio Vicente Calderón), y 111.921 m<sup>2</sup> son de titularidad pública y carácter dotacional. Analiza los destinos previstos para las distintas zonas, así como la incorporación de las redes públicas afectadas (M-30 en la parte no soterrada) y dos colegios públicos. En síntesis, pues, en esta primera motivación se concluye señalando que las dotaciones previstas "son el resultado de la adición de las que eran de titularidad pública más la de resultado de las obligaciones de cesiones de los titulares promotores", añadiendo que "[n]o hay un reajuste de dotaciones sino aplicación legal de las determinaciones propias de la nueva ordenación".

La segunda motivación (Consideración b) de la sentencia, esgrimida con la finalidad de considerar la actuación de transformación urbanística a desarrollar en el PPRI como Actuación de Urbanización, y no como Actuación de Dotación (que excluiría la reserva de suelo para viviendas

públicas), es que "la Modificación requiere la reforma o renovación íntegra de la urbanización de éste" (ámbito), poniendo de manifiesto que "de hecho el ámbito se crea *ex novo* con la finalidad fijada en la Memoria. En realidad la actuación tiene por objeto reformar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado reconvirtiendo los usos"

Esto es, la sentencia ha llegado a la conclusión de que lo que se va a realizar es una **reforma o renovación de la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado** (artículo 14.1.a.2 TRLS08), y, por el contrario, que tal actuación (que la sentencia describe) no tenía —solo— por objeto **incrementar las dotaciones públicas en un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos**, actuación **que, por otra parte, no hubiera requerido la reforma o renovación de la urbanización** (artículo 14.1.bTRLS08).

Las partes, sin embargo, no han desvirtuado la conclusión alcanzada por la sentencia en el sentido de que la actuación —de urbanización y no de dotación— implicaba una reforma o renovación de la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado, por cuanto, en síntesis, se han limitado a intentar contrastar nuestra clásica jurisprudencia —producida al calor de la LRSV— con los nuevos conceptos contemplado en el TRLS08 (y hoy en el TRLS15).

Los antiguos —y autonómicos— conceptos de SUC y SUNC no cuentan ya con el papel de elementos determinantes de las nuevas exigencias derivadas de una actuación de transformación urbanística, ya que estas miran al futuro, juegan a transformar la ciudad con mayor o menor intensidad —quizá sin romperla como ciudad compacta—, y se presentan como mecanismos de transformación urbana, sin anclajes ni condicionamientos derivados de la clase de suelo de que se trate. Esto es, el nivel de la actuación —y sus correspondientes consecuencias— no viene determinada por el nivel o grado de pormenorización del suelo a transformar, sino por el grado o nivel de la transformación que se realice sobre un determinado suelo, y que, en función de su intensidad, podrá consistir en una reforma o renovación de la urbanización, o, simplemente, en una mejora de la misma mediante el incremento de las dotaciones, en un marco de proporcionalidad, y sin llegar a la reforma o renovación; la reforma o renovación (Actuación de urbanización) es "hacer ciudad" — cuenta con un plus cualitativo—, y el incremento de dotaciones (Actuación de dotación) es "mejorar ciudad", con un componente más bien cuantitativo. La primera se mueve en un ámbito de

creatividad urbanística en el marco de la discrecionalidad pudiendo llegar a una "ciudad diferente", mientras que la actuación de dotación consigue una "ciudad mejor" que no pierde su idiosincrasia.

Por último, si bien se observa, el TRLS08 no identifica o anuda la clase de actuación urbanística con la tradicional pormenorización del suelo como SUC o como SUNC, pues, contempla la posibilidad de tales transformaciones sobre suelo urbanizable (Actuaciones de nueva urbanización, 14.1.a.1), sobre suelo urbano consolidado (Actuaciones de reforma de urbanización, 14.1.a.2), y, posiblemente, sobre suelo urbano no consolidado (Actuaciones de dotación) aunque este supuesto es difícil de caracterizar.

Insistimos, pues, en que las recurrentes no han desvirtuado la valoración y conclusión -ampliamente motivada de la sentencia de instancia-, sin que, por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala que se pretende contraponer, se ajuste -hoy- a los nuevos parámetros o conceptos que hemos examinado, estando construida, más bien, sobre otros conceptos que hoy carecen de relevancia”.....

(STS de 20 de julio de 2017. Sala 3ª, Secc. 5ª. F. D. 7º y 8º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde).

(ROJ: STS 2971/2017. Nº Recurso: 2168/2016. <http://www.poderjudicial.es>)